



**Universitat Autònoma  
de Barcelona**

**Facultat de Dret**

**Departament de Dret Públic i Ciències Historicojurídiques**

**TESIS DOCTORAL**

**DISCAPACIDAD Y ACCIÓN POSITIVA:  
INCENTIVACIÓN DE LA  
CONTRATACIÓN LABORAL Y CUOTAS  
DE RESERVA DE EMPLEO**

---

**Jorge Pérez Pérez**

**Director: Dr. Ricardo Esteban Legarreta**

**Barcelona 2014**



A Arantxa y Adrián, que dan sentido a mi vida



## AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer muy sinceramente el apoyo recibido de todas aquellas personas que me han acompañado durante el largo camino de investigación y elaboración de esta tesis. A mis compañeras y compañeros de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. A mi director, el Dr. Ricardo Esteban Legarreta. A mi madre y a mi hermano, a la memoria de mi padre y a mi esposa y mi hijo, a quienes dedico esta tesis.

Finalmente, quiero expresar mi reconocimiento a todas las personas con discapacidad, que superan las dificultades que la vida diaria presenta supliendo en muchas ocasiones con un esfuerzo de superación y adaptación las carencias de una sociedad diseñada a sus espaldas.

*Quien no sea como todo el mundo, quien no piense como todo el mundo, corre el riesgo de ser eliminado. Y claro está que ese "todo el mundo" no es en realidad "todo el mundo"*

Ortega y Gasset



<b>ABREVIATURAS UTILIZADAS.....</b>	<b>11</b>
<b>INTRODUCCIÓN: METODOLOGÍA Y PLANTEAMIENTO DE LA OBRA.....</b>	<b>15</b>
<b>CAPÍTULO 1: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN.....</b>	<b>23</b>
1.1 El principio de igualdad y su configuración constitucional.....	23
1.2 Las discriminaciones y sus formas.....	36
1.3 El principio de igualdad en la normativa internacional.....	46
1.3.1 Naciones Unidas.....	46
1.3.2 Derecho comunitario.....	51
1.4 Principio de igualdad, lucha contra la discriminación y discapacidad en el Derecho español.....	61
1.4.1 Igualdad y discapacidad en la normativa preconstitucional.....	61
1.4.2 Igualdad y discapacidad tras la Constitución de 1978: LISMI, LIONDAU y TRLGD.....	65
A) Igualdad y discapacidad en la LISMI.....	67
B) Igualdad y discapacidad en la LIONDAU.....	71
C) Igualdad y discapacidad en el TRLGD.....	76
<b>CAPÍTULO 2: EL CONCEPTO JURÍDICO DE DISCAPACIDAD.....</b>	<b>81</b>
2.1 Introducción: aproximación al concepto de persona con discapacidad y tratamiento jurídico de la discapacidad.....	81
2.1.1 Los modelos de discapacidad: desde el modelo médico hasta el modelo social.....	81
2.1.2 Terminología: evolución histórica en la normativa española y análisis de la normativa comparada.....	90

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

2.1.3	Valoración del estado actual de la cuestión de la terminología.....	105
2.2	El concepto de discapacidad en la normativa internacional.....	108
2.2.1	El concepto de discapacidad en las Clasificaciones de la Organización Mundial de la Salud.....	108
2.2.2	El concepto de discapacidad en la producción normativa de la Organización de Naciones Unidas y de otros organismos internacionales.....	113
2.2.3	El concepto de discapacidad en el Derecho comunitario.....	116
2.3	Derecho comparado: el concepto de discapacidad y la lucha contra la discriminación en el empleo en la normativa interna de otros países.....	121
2.3.1	Francia.....	122
2.3.2	Reino Unido.....	124
2.3.3	Alemania.....	127
2.3.4	Italia.....	130
2.3.5	Estados Unidos.....	133
2.3.6	México.....	136
2.3.7	Argentina.....	139
2.3.8	Australia.....	142
2.4	El concepto de discapacidad en la normativa española en relación con la regulación del empleo de las personas con discapacidad.....	145
2.4.1	Antecedentes y evolución histórica hasta la Constitución de 1978.....	145
	A) La discapacidad y el nacimiento de la Seguridad Social.....	145
	B) La discapacidad en la II República.....	148
	C) La regulación de la discapacidad en el franquismo.....	149



## Índice

---

2.4.2	Discapacidad e integración laboral en la Constitución de 1978. La Ley 13/1982, de Integración Social de los <i>Minusválidos</i> .....	157
	A) La discapacidad en la Constitución de 1978.....	157
	B) La discapacidad en la normativa laboral: el Estatuto de los Trabajadores.....	159
	C) La Ley de Integración Social de los <i>Minusválidos</i> .....	160
2.4.3	El concepto de discapacidad en la normativa posterior a la LISMI: La Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con Discapacidad, y el problema de las asimilaciones conceptuales.....	169
	A) La Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con Discapacidad.....	169
	B) El concepto de discapacidad por asimilación en la LIONDAU.....	173
2.4.4	El concepto de discapacidad tras la refundición de la LISMI y la LIONDAU: la vigente Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.....	177
2.5	Valoración de la situación actual en relación con el concepto de discapacidad.....	181

## **CAPÍTULO 3: DISCAPACIDAD E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES: LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA PARA EL ACCESO AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD..... 187**

3.1	Las medidas de acción positiva a favor del empleo de las personas con discapacidad: delimitación y alcance.....	187
3.2	La acción positiva en la normativa internacional.....	192
3.3	La acción positiva en el derecho comparado.....	202

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

3.3.1	La acción positiva en Europa.....	203
3.3.2	La acción positiva en Hispanoamérica.....	209
3.3.3	La acción positiva en Estados Unidos.....	211
3.4	La acción positiva en el Derecho español.....	215
3.4.1	Encaje constitucional de las medidas de acción positiva.....	215
3.4.2	Marco legal de la acción positiva en España.....	220
3.4.3	Los ajustes razonables.....	232
	A) Concepto y regulación en el ámbito internacional.....	232
	B) Los ajustes razonables en el Derecho español.....	241

## **CAPÍTULO 4: LA ACCIÓN POSITIVA INDIRECTA O PROMOCIONAL DE LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA..... 253**

4.1	Los incentivos a la contratación laboral de las personas con discapacidad.....	253
4.1.1	Las técnicas y los mecanismos de incentivación de la contratación laboral.....	253
4.1.2	Análisis de los distintos mecanismos de incentivación de la contratación laboral.....	257
	A) Mecanismos de incentivación económica inmediata: las subvenciones.....	259
	B) Mecanismos de incentivación económica relacionados con las cuotas de la seguridad social.....	261
	C) Deducciones fiscales.....	268
	D) Reducciones en las cuantías de las indemnizaciones por extinción contractual ...	270

## Índice

---

E) Reducciones en el salario.....	273
F) Ampliación de los supuestos de contratación temporal.....	276
4.1.3 Subvenciones en la contratación laboral de las personas con discapacidad.....	278
4.1.4 Bonificaciones en la contratación indefinida de personas con discapacidad.....	289
A) Del Real Decreto 1451/1983 a la Ley 43/2006.....	289
B) Situación actual de las bonificaciones a la contratación indefinida de trabajadores con discapacidad: la Ley 43/2006.....	297
a) El vigente programa de fomento del empleo: ámbito subjetivo.....	299
b) Las bonificaciones del programa de fomento del empleo.....	301
c) Requisitos de los beneficiarios y causas de exclusión del derecho a las bonificaciones del programa de fomento del empleo.....	304
C) Otras bonificaciones en la contratación indefinida de trabajadores con discapacidad.....	308
4.1.5 Bonificaciones y reducciones de cuotas en la contratación temporal de personas con discapacidad.....	310
4.2 Fomento del autoempleo de las personas con discapacidad.....	319
4.2.1 Subvenciones para el fomento del autoempleo de personas con discapacidad.....	322
4.2.2 Bonificaciones y reducciones en las cuotas del RETA.....	330
4.2.3 Capitalizaciones de las prestaciones por desempleo.....	333
4.2.4 Medidas de fomento de la actividad de los trabajadores por cuenta propia con discapacidad.....	338
4.3 Fomento del empleo protegido de las personas con discapacidad.....	341

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

4.3.1 Empleo protegido versus empleo ordinario: la relación laboral de carácter especial en los Centros Especiales de Empleo.....	341
4.3.2 Subvenciones a los Centros Especiales de Empleo.....	345
4.3.3 Bonificaciones a la contratación laboral en los Centros Especiales de Empleo.....	357
4.3.4 Fomento del empleo con apoyo de las personas con discapacidad.....	366

## **CAPÍTULO 5: LA ACCIÓN POSITIVA DIRECTA EN ESPAÑA. LAS CUOTAS DE RESERVA DE EMPLEO..... 373**

5.1 La acción positiva directa: planteamiento general.....	373
5.1.1 La recolocación de trabajadores con discapacidad sobrevenida.....	376
A) Marco normativo.....	376
B) La recolocación de trabajadores con discapacidad en la negociación colectiva.....	383
5.1.2 Las cuotas de reserva de empleo.....	387
5.2 La reserva de empleo en el derecho comparado.....	393
5.2.1 Aparición y evolución de los sistemas de cuota de reserva.....	393
5.2.2 Sistemas de cuota obligatorios con sanciones y contribuciones compensatorias.....	397
5.2.3 Sistemas de cuota no obligatorios y sistemas de cuotas restringidos.....	404
5.3 Las cuotas de reserva de empleo en España: antecedentes y evolución histórica.....	407
5.4 La reserva de empleo en la empresa: regulación legal y tratamiento convencional.....	413
5.4.1 Delimitación subjetiva de la obligación de reserva: empresas obligadas.....	413

## Índice

---

A)	Obligación de reserva de empleo del TRLGD versus obligación de reserva en las ofertas de empleo público del EBEP.....	415
B)	Los grupos de empresas.....	420
C)	Las tipologías contractuales y la determinación de las plantillas: el problema de la determinación de las empresas obligadas a reservar empleo para trabajadores con discapacidad.....	423
5.4.2	Trabajadores con discapacidad beneficiarios de la obligación de reserva.....	425
A)	El problema de la ausencia de graduación mínima en la LISMI y la nueva configuración en el TRLGD.....	426
B)	El problema de la asimilación entre discapacidad e incapacidad permanente.....	428
C)	Los trabajadores con discapacidad sobrevenida y los trabajadores contratados con anterioridad a la asunción de la obligación de reserva.....	431
5.4.3	Determinación y cuantificación de la obligación.....	434
A)	Determinación de la plantilla de la empresa obligada.....	434
B)	Determinación del número de trabajadores con discapacidad que requiere la cuota de reserva.....	438
C)	Vicisitudes de la cuota de reserva como obligación de tracto sucesivo.....	440
5.4.4	La reserva de empleo en la negociación colectiva.....	445
5.4.5	Valoración de la situación actual de la regulación de la cuota de reserva de empleo en las empresas.....	451
A)	Propuestas respecto del ámbito subjetivo de la obligación de reserva.....	452

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

B) Propuestas respecto de los trabajadores beneficiados por la cuota de reserva.....	456
C) Propuestas respecto de la determinación de la cuota de reserva y del cumplimiento de la misma.....	460
D) Propuestas en el ámbito de la negociación colectiva.....	463
5.5 La excepcionalidad y las medidas alternativas a la contratación de trabajadores con discapacidad.....	465
5.5.1 Planteamiento: ámbitos legal y convencional.....	465
5.5.2 Situaciones normativas de excepcionalidad. Procedimiento y cuestiones competenciales.....	471
A) Regulación de las situaciones de excepcionalidad.....	471
B) La gestión de ofertas de empleo y la justificación de la excepcionalidad por esta vía.....	475
C) La vía causal: excepcionalidad por cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico.....	480
D) La competencia territorial y las obligaciones formales.....	485
5.5.3 Las medidas alternativas: contenido y delimitación.....	488
A) Tipos de medidas alternativas.....	488
B) Posibilidades de aplicación de las distintas medidas alternativas.....	490
C) La determinación del cumplimiento de la cuota de reserva en situaciones de excepcionalidad: cuantificación de las medidas alternativas.....	492
D) Vicisitudes durante la aplicación de las medidas alternativas.....	496

## Índice

---

E) Los contratos mercantiles o civiles celebrados con trabajadores autónomos con discapacidad o con Centros Especiales de Empleo.....	500
F) Las donaciones y acciones de patrocinio.....	503
G) Los enclaves laborales.....	506
5.5.4 Medidas alternativas y finalidad de la norma: valoración de la regulación actual.....	508
A) Contenido de las medidas alternativas.....	509
B) Cómputo en la cuota de reserva de las medidas alternativas.....	516
C) Dinámica de las medidas alternativas.....	519
D) Procedimientos relacionados con las medidas alternativas.....	523
5.6 La reserva de empleo desde el punto de vista del derecho sancionador.....	527
5.6.1 Tipificación de la infracción por incumplimiento de la obligación de reserva.....	527
5.6.2 Sanciones derivadas del incumplimiento de la obligación de reserva.....	531
5.6.3 Actuaciones inspectoras relacionadas con la obligación de reserva.....	536
5.7 La cuota de reserva en el empleo público.....	538
5.7.1 El origen de las cuotas de reserva en el sector público y la configuración constitucional del empleo público.....	538
5.7.2 La reserva de empleo y el principio constitucional de igualdad.....	542
5.7.3 La concreción de la obligación de reserva: el cupo del 7 por 100.....	546
5.7.4 El cupo de reserva de empleo público en el EBEP y en la normativa autonómica.....	549
5.7.5 Convocatorias y adaptaciones en el empleo público restringido a personas con discapacidad.....	555

**Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

5.7.6 Valoración de la actual regulación de la cuota de reserva de empleo público.....	560
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>565</b>
<b>CONCLUSIONS.....</b>	<b>579</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>593</b>



### ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADA	<i>American with Disabilities Act 1990</i>
BO	Boletín Oficial
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOP	Boletín Oficial de la Provincia
CE	Constitución Española de 1978
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
CIDDM	Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y <i>Minusvalías</i>
CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud
DDA	<i>Disability Discrimination Act 1995</i>
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE de 13 de abril)
EED	Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020
EEE	Estrategia Española de Empleo 2012-2014
EGD	Estrategia Global de acción para el empleo de las personas con discapacidad 2008-2012
ERE	Expediente (-s) de Regulación de Empleo
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
LD	Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE de 15 de diciembre)

**Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

LIRPF	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE de 29 de noviembre)
LISMI	Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los <i>Minusválidos</i> (BOE de 30 de abril)
LIONDAU	Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE de 3 de diciembre)
LJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
LOI	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo)
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE de 10 de noviembre)
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONCE	Organización Nacional de Ciegos Españoles
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PAMI	Programa de Acción Mundial para los Impedidos
RETA	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SMI	Salario Mínimo Interprofesional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

## Abreviaturas

---

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE de 29 de marzo)
TRLGD	Texto Refundido de la Ley General de derechos de las Personas Con Discapacidad y su integración Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (BOE de 3 de diciembre)
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE de 29 de junio)
TRLISOS	Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE de 8 de agosto)
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
UTE	Unión (-es) Temporal (-es) de Empresas

**Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

### **INTRODUCCIÓN: METODOLOGÍA Y PLANTEAMIENTO DE LA OBRA**

Sobre la base del análisis jurídico, la presente tesis pretende, una vez planteadas las necesarias cuestiones conceptuales, profundizar en el estudio de la acción positiva relacionada con el trabajo de las personas con discapacidad y, muy especialmente, en el de la reserva de empleo. Se trata, sin duda, de una medida muy controvertida tanto desde el punto de vista de su encaje en un mercado de trabajo libre pero a la vez ordenado desde la perspectiva de los derechos de los trabajadores, como desde el de la eficacia que la reserva de puestos de trabajo pueda tener respecto del ambicioso objetivo de favorecer, hasta convertirla en normal si fuera posible, la situación de las personas con discapacidad cuando afrontan la dura tarea de acceder a un puesto de trabajo en una empresa o en una Administración pública. Por tanto, se estudian y analizan textos normativos, tanto vigentes como pasados, y en diferentes ámbitos territoriales, nacionales y supranacionales, de modo que resulte posible conocer las distintas posturas que se han venido manteniendo respecto de estas medidas de reserva en el empleo. Este estudio se complementa con el de textos doctrinales y jurisprudenciales que permitan una mejor comprensión y ordenación de las materias objeto de análisis y, siempre que ello sea posible, una aproximación a la realidad práctica que se regula, de modo que se pueda determinar si las normas tienen el impacto que persiguen en aras de garantizar una verdadera igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

El enfoque del estudio es diferente en los distintos apartados de la obra, de modo que en los capítulos relacionados con el principio de igualdad y la lucha contra la discriminación, se procura realizar un análisis descriptivo de la situación actual y de la normativa reguladora de estos aspectos con carácter general, sin proliferación de elementos críticos que, por el contrario, estarán muy presentes en los capítulos que se dedican expresamente al análisis de las medidas de reserva. De este modo, se intenta realizar un encaje de estas acciones positivas en el contexto general de la lucha contra la discriminación para, una vez delimitado el alcance de estas medidas, abordar su estudio con la finalidad de conocer en

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

profundidad sus características y configuraciones en los distintos ámbitos normativos y presentar una visión general y reflexiva de las mismas para favorecer el planteamiento de alternativas razonables que permitan mejorar su eficacia.

En las últimas décadas, y muy especialmente en la primera de este Siglo XXI, hemos asistido a una consolidación de un modelo de tratamiento de la discapacidad, en relación con el trabajo, basado en la igualdad de oportunidades y en la prohibición de discriminación. Este fenómeno es apreciable tanto en la normativa internacional como en la interna de España y de la mayoría de los países europeos, y tiene su máximo exponente en este ámbito territorial en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la Igualdad de Trato en el empleo y en la ocupación. Esta nueva perspectiva se consolida en el ámbito internacional con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, que fueron aprobados el día 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificados por España el día 21 de abril de 2008. La Convención entró en vigor el día 3 de mayo del año 2010 y a partir de ese momento, conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución Española de 1978, forma parte del ordenamiento interno español<sup>1</sup>.

Pero el creciente interés despertado últimamente en los legisladores por la cuestión de la discapacidad y su relación con el empleo<sup>2</sup> no es una casualidad histórica, sino el fruto de la constatación de que las personas con discapacidad han venido padeciendo de manera especialmente severa las consecuencias de un mercado de trabajo cada vez más selectivo y, consecuentemente, menos sensible a las diferencias y a la diversidad personales. La simple observación de la dinámica del mercado de trabajo comporta la constatación de este comportamiento selectivo a la hora de determinar los colectivos que presentan

---

<sup>1</sup> La Ley 26/2011, de 1 de agosto, lleva a cabo la necesaria adaptación normativa en el ámbito interno a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que afecta a un total de diecinueve normas con rango de ley.

<sup>2</sup> RUIZ CASTILLO, M.: *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Albacete, Bomarzo, 2010, pág. 81.

características más valoradas cuando se trata de decidir la formalización de una relación laboral y, una vez constituida ésta, de las condiciones de trabajo que se establecerán. En consecuencia, hay que convenir que determinadas características personales o sociales se han venido mostrando como elementos condicionantes de la disponibilidad contractual de los empresarios y que, en definitiva, podríamos hablar de colectivos más o menos “atractivos” para el empleador contratante, quien en muchas ocasiones diseña sus procesos de selección de personal a partir de concepciones o perfiles profesionales ajustados a un estándar generalizado, en el que aquellas condiciones específicas de carácter personal o social pueden pesar positiva o negativamente en la valoración final de la idoneidad del candidato. Por otra parte, no se puede obviar que las posibilidades de las personas con discapacidad de entrar en un mercado de trabajo esencialmente selectivo, merman de manera indiscutible en entornos poco favorecedores del crecimiento del empleo, como el que presenta nuestro país y, en mayor o menor medida, la práctica totalidad de estados de la Unión Europea desde el año 2008.

Realizar una enumeración de las circunstancias o de las características que añaden o restan valor en el selectivo proceso de acceso al empleo y a unas condiciones de trabajo óptimas resulta una tarea compleja, pues la casuística es muy abundante y heterogénea dependiendo de factores de diversa índole, desde los relacionados con la tipología empresarial hasta aquellos que tienen que ver con aspectos territoriales o de coyuntura económica. No obstante, y alejados de tal pretensión, podemos afirmar que determinados colectivos han podido constatar fehacientemente una especial dificultad para obtener un empleo, para permanecer en él una vez conseguido y para mejorar sus condiciones de trabajo durante el desarrollo de una relación laboral. La inclusión de las personas con discapacidad en ese catálogo de colectivos especialmente castigados por las dificultades descritas anteriormente parece obligada, y tal reconocimiento ha venido siendo unánime en ámbitos internacionales<sup>3</sup> y ampliamente manifestado

---

<sup>3</sup> En el de la Unión Europea, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre “Comunicación de la Comisión sobre la igualdad de oportunidades de las personas con *minusvalía*” y el “Proyecto de resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo sobre igualdad de oportunidades de las personas con *minusvalía*” se hace referencia a que las personas con discapacidad “a menudo forman parte de los grupos

doctrinalmente, destacando en todos los casos la falta de oportunidades ocupacionales como causa determinante de la baja tasa de actividad de las personas con discapacidad<sup>4</sup>, que en el año 2013 se situó en un paupérrimo 36,2%<sup>5</sup>, y la consecuente necesidad de instrumentación de mecanismos jurídicos para preservar, fomentar o regular de manera especial el trabajo de estas personas<sup>6</sup>.

Partiendo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad y desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades, la creación de entornos normativos protectores de determinados colectivos genera frecuentemente la tentación de confrontar los límites de la incentivación con los de la discriminación. Tal impulso, en el caso de la incentivación de la contratación laboral de las personas con discapacidad, se sostiene con dificultad ante la contundencia de los datos que ponen de manifiesto la precaria situación del colectivo en el ámbito del empleo. En este sentido, son unánimes los pronunciamientos a favor de la utilización de técnicas de incentivación para este colectivo tanto en el ámbito internacional<sup>7</sup>, como en el interno, destacando el consenso sobre la idea de que nuestro ordenamiento jurídico debe preocuparse de los trabajadores con discapacidad tanto para facilitar su acceso al mercado de trabajo o su reincorporación al mismo, cuanto para contemplar de manera singular sus obligaciones profesionales<sup>8</sup>.

Es por ello que en la presente obra se aborda el estudio genérico de los principales mecanismos incentivadores de la contratación de personas con

---

más frágiles, independientemente de la sociedad en la que vivan”, y atribuye tal circunstancia al hecho de que “la sociedad no se fija lo suficiente en las posibilidades y recursos de las personas con minusvalía”. DOCE nº C66/35, de 3 de marzo.

<sup>4</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: *El Trabajo de los Minusválidos en los Centros Especiales de Empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 11.

<sup>5</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE): «El salario de las personas con discapacidad 2010», Madrid, Octubre de 2013, pág. 7.

<sup>6</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: «La regulación especial del trabajo de los *minusválidos* (I y II)», Tomo I, Relaciones Laborales, 1987, pág. 218

<sup>7</sup> Sirva como ejemplo en este apartado introductorio el artículo 4 del Convenio 159 de la OIT, aprobado en 1983 y ratificado por España en 1990, sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas, dispone que “las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de éstos últimos”.

<sup>8</sup> SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: «El trabajo de los *minusválidos* tras el RD 427/1999, de 12 de marzo», Tomo V, Aranzadi Social, 1999, pág. 47.



discapacidad desde el punto de vista de la acción positiva como elemento esencial de la consecución efectiva de la igualdad de oportunidades. Lo cierto es que el núcleo esencial de tal incentivación es, sin duda, un considerable número de medidas de ayuda económica al empresario contratante que pretenden provocar una sensación de rentabilidad económica de la decisión contractual, pero aquí se abordará principalmente el estudio de otra técnica de incentivación que no presenta los aspectos positivos de las ayudas económicas, sino que supone el establecimiento de la obligación de contratar y, consecuentemente, la represión de las conductas infractoras de tal obligación mediante la imposición de sanciones económicas al empresario incumplidor. Se trata, por tanto, de medidas de reserva en el acceso al empleo de las personas con discapacidad, también conocidas como cuotas de empleo o cuotas de reserva, cuya finalidad última no difiere de las medidas de acción positiva de contenido económico, puesto que en todo caso se pretende favorecer el acceso al empleo de las personas con discapacidad, la corrección de la discriminación en este ámbito y una efectiva aplicación del principio de igualdad de oportunidades que consiga situar a las personas con discapacidad en una posición real de igualdad en el ámbito del empleo.

Pero para centrar la cuestión de un modo adecuado, en el capítulo 1 se comenzará analizando el propio principio de igualdad, su configuración constitucional y su alcance y desarrollo en distintos ámbitos normativos. Este análisis comprenderá también el estudio de las distintas medidas antidiscriminatorias y la eficacia que han venido presentando a lo largo de los años de aplicación, y se presentará una delimitación del concepto de acción positiva que permita encajar en el mismo el mecanismo de incentivación que será objeto central de tratamiento en esta obra.

A continuación, el capítulo 2 se dedica al concepto de discapacidad, cuestión extraordinariamente relevante si se piensa que la determinación precisa del ámbito subjetivo de la normativa que comprende las medidas de acción positiva es una condición insoslayable de la justificación y de la propia efectividad de tales medidas, puesto que una imprecisa definición o, lo que sería peor, una deficiente determinación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

correctora de la discriminación en materia de discapacidad, podría provocar una insuficiencia de la acción correctora de esa discriminación o, en el otro extremo, un exceso de protección que provocaría un tratamiento inadecuado de la cuestión y una reacción social razonablemente negativa. No obstante, como se podrá comprobar, será este aspecto conceptual el más difícil de resolver, puesto que la confrontación de modelos pondrá de manifiesto las evidentes carencias de unos y de otros y la complejidad que la determinación de la discapacidad presenta, incluso después de los apreciables avances que ha supuesto el tránsito de modelos esencialmente médicos o terapéuticos hacia otros en los que los factores sociales son predominantes<sup>9</sup>.

Una vez planteadas estas cuestiones previas, relativas a la delimitación del alcance del principio de igualdad y sus derivaciones en relación con la corrección de las discriminaciones en el ámbito del trabajo de las personas con discapacidad, y a la propia delimitación conceptual de ésta, en el capítulo 3 se abordará el análisis de las distintas medidas de acción positiva en el empleo de las personas con discapacidad adoptadas en distintos ámbitos, tanto internacionales como de normativas internas. La precisión de los conceptos de igualdad y discapacidad y la exposición de los distintos mecanismos de acción positiva permitirán plantear en el capítulo 4, dentro de ese modelo teórico, las medidas promocionales de la contratación laboral de las personas con discapacidad. El capítulo 5 se dedica a las cuotas de reserva de empleo de estos trabajadores, tanto en el ámbito general de la empresa como en el del empleo público, analizando la normativa reguladora de esta medida de incentivación, su evolución histórica y su situación actual, con expresión de los principales problemas que presenta su aplicación práctica.

En las conclusiones, finalmente, se formularán una serie de propuestas encaminadas a favorecer, por una parte, la eficacia de estas medidas de acción positiva, y por otra a dotarlas de las necesarias dosis de racionalidad de modo que sean apreciadas como justas tanto por parte de aquellos a quienes favorecen

---

<sup>9</sup> Tendremos ocasión de profundizar en ambos modelos y en la evolución histórica desde uno hacia otro en el próximo capítulo.

## Introducción

---

como por quienes deben asumir obligaciones derivadas de la aplicación de las mismas.

En definitiva, y más allá del debate entre el ambicioso planteamiento de la normalidad y el más conservador, pero quizá más acorde con la realidad social a la que la norma va dirigida, de la especialidad que supone que una persona con determinado grado de discapacidad lleve a cabo un trabajo productivo en el seno de un mercado tan selectivo como el actual, lo cierto es que es innegable la consideración social y legal del trabajo de las personas con discapacidad como una situación específica. Esta realidad resulta, por otra parte, claramente identificable dentro del mercado de trabajo ordinario, y necesitada de un amplio marco normativo que atienda, desde el punto de vista de la igualdad de oportunidades, todas las peculiares características que se manifiestan en estas relaciones laborales mediante la aplicación de medidas de acción positiva.

**Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

## CAPÍTULO 1: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN

### 1.1 El principio de igualdad y su configuración constitucional

El reconocimiento de la igualdad como valor superior en una sociedad democrática está presente en toda la historia del constitucionalismo, formando parte incluso del lema de algunos de los grandes Estados actuales, desde la Revolución francesa de 1789 hasta nuestros días<sup>10</sup>, y poniendo de manifiesto la necesidad de que una sociedad garantice a sus miembros un trato justo basado en la ausencia de discriminaciones irrazonables y arbitrarias. La presencia de la desigualdad de trato en la historia de la humanidad es constante, y se ha venido mostrando como un claro enemigo de la convivencia pacífica en tanto que afecta a la dignidad humana y provoca conflicto social al generar marginalidad y exclusión social<sup>11</sup>. Como consecuencia de esas desigualdades injustificadas, las personas con discapacidad, como una parte compleja del colectivo humano, han sufrido dolorosamente un síndrome determinante que les constituye artificialmente como grupo aparte, que no es otro que su exclusión social, todavía bastante generalizada, y en ocasiones manifestada agresivamente<sup>12</sup>.

Por otra parte, el concepto de igualdad no es uniforme en todas las legislaciones ni en la percepción de todos los individuos, y frecuentemente tiene una carga semántica de contenido más político que técnico que favorece en ocasiones un uso desafortunado de un principio básico de la convivencia en las sociedades democráticas de todos los tiempos<sup>13</sup>, que ha llegado a ser planteado como un derecho humano básico<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Desde el lema “Liberté, égalité, fraternité” de la Revolución francesa, presente hasta la actualidad y reconocido como tal en la vigente Constitución francesa de 1958, en cuyo artículo primero se asegura “la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión” y el respeto de todas las creencias.

<sup>11</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: «Igualdad de Oportunidades, discapacidad y empleo», en AA.VV: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pág. 563.

<sup>12</sup> MELÉNDEZ JIMÉNEZ, F.: *En los márgenes de la marginalidad*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1997, pág. 27.

<sup>13</sup> No por largamente repetida a lo largo de los siglos deja de ser precisa la concepción aristotélica de la igualdad, en relación con la justicia, recogida en su *Política*: “Parece que la justicia consiste

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Históricamente, el concepto de igualdad ha ido evolucionando en un sentido social<sup>15</sup>, de modo que desde la elaboración inicial del principio de igualdad ante la ley, que nace con el Estado liberal de Derecho y que ya está presente en la Revolución de Crownwell de 1647 en Inglaterra<sup>16</sup>, hasta el actual principio de igualdad de oportunidades se ha ido significando el valor de la igualdad como principio social, pero sin abandonar el origen formal del mismo. El principio de igualdad formal entendido como igualdad “ante la ley” supone, sobre la base de una ley general, el reconocimiento de una capacidad jurídica igual de todos los ciudadanos ante la jurisdicción, y se ha complementado con la denominada igualdad “en la ley”, que refuerza las garantías de la igualdad formal al referirla también al contenido de la norma, lo que ha supuesto su inclusión en los textos constitucionales posibilitando de este modo el consiguiente control de constitucionalidad<sup>17</sup>.

Es incuestionable<sup>18</sup> que la Constitución Española de 1978 decidió reconocer la igualdad como uno de los valores superiores<sup>19</sup> de nuestro ordenamiento jurídico, al citarla expresamente en el artículo 1.1, junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político. Sin duda, en el desarrollo social de los años que han sucedido a la Carta Magna de 1978 ha sido la igualdad un valor omnipresente en la normativa y en una sociedad anhelante de recuperar cuotas de libertad y de justicia inexistentes en el pasado inmediato. En realidad, podríamos convenir que,

---

en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales, y la desigualdad parece ser justa, pero no para todos, sino para los desiguales”.

<sup>14</sup> GARCÍA MANRIQUE, R.: «En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos: (acotaciones a Liborio Hierro)». *Doxa*, Número 23, 2000, págs. 383 a 388.

<sup>15</sup> BALAGUER CALLEJÓN, M.: *Igualdad y Constitución española*, Madrid, Tecnos, 2010, pág. 29. La autora diferencia el principio de igualdad en el Estado liberal, que tiene un carácter meramente formal de generalidad de la ley, y ese mismo principio en el Estado social, en el que la igualdad tiene un desarrollo prácticamente ilimitado, evolucionando así desde una igualdad de origen a una igualdad de resultado.

<sup>16</sup> TOUCHARD, J.: «Igualdad y principio de solidaridad», en *El Principio de igualdad en la Constitución Española*, Tomo I, Madrid, Servicio Jurídico del Estado, 1991, pág. 51.

<sup>17</sup> En la Constitución Española de 1931 ya se estableció un Tribunal de Garantías Constitucionales.

<sup>18</sup> STC 8/1983, de 18 de febrero de 1983: “Toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores”.

<sup>19</sup> PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, pág. 188. El autor atribuye a los valores constitucionales, que constituyen el fundamento del conjunto del ordenamiento jurídico, una dimensión orientadora del ordenamiento jurídico-político y otra crítica, como parámetro para medir las diversas manifestaciones del sistema de legalidad.

en términos de justicia social, la igualdad y la libertad son valores condicionantes de la existencia de una sociedad plural y justa, y por tanto merecedores del máximo reconocimiento constitucional.

Además de la configuración de la igualdad como valor superior, el legislador constitucional la configura como derecho subjetivo en el artículo 14, vinculándola por primera vez en el texto legal a la prohibición de la discriminación, de modo que este principio de igualdad formal, constituido como hemos visto por la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley<sup>20</sup>, garantiza a todos los españoles la ausencia de discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social<sup>21</sup>. Por otra parte, el artículo 9.2 de la CE introduce el denominado principio de igualdad material, por oposición y como complemento al de igualdad formal contenido en el artículo 14, consistente en un mandato a los poderes públicos para la promoción de condiciones para que la libertad y la igualdad de individuos y grupos sean reales y efectivas, constituyéndose así un principio general de igualdad que se realiza a través de la igualdad de oportunidades<sup>22</sup>. En este sentido, el vigente texto constitucional español supone un planteamiento progresista y evolucionado respecto del liberal de la igualdad desde un punto de vista únicamente formal, de manera que la invocación de la igualdad desde los puntos de vista formal y material resulta, como tendremos ocasión de comprobar, clave a la hora de diseñar políticas que permitan corregir efectivamente las desigualdades<sup>23</sup> e introducir medidas correctoras que ayuden a combatir la

---

<sup>20</sup> STC 144/1988, de 8 de junio de 1988. El Tribunal expresa claramente los dos planos que presenta el principio de igualdad formal contenido en el artículo 14 CE: igualdad en la ley (“frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas”) e igualdad ante la ley (“obliga a que –la ley- sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma”).

<sup>21</sup> El artículo 14 de la CE cita expresamente, entre esas circunstancias o condiciones personales o sociales, el nacimiento, la raza, el sexo, la religión y la opinión, por lo que la discapacidad deberá entenderse comprendida entre esas “otras” circunstancias o condiciones merecedoras de garantía constitucional de igualdad.

<sup>22</sup> DE ASÍS ROIG, CAMPOY CERVERA, I. y BENGOCHEA GIL, M.A.: «Derecho a la igualdad y a la diferencia: análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva», en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. (DIRECTORES): *Tratado sobre discapacidad*, Pamplona, Aranzadi, 2007, pág. 115.

<sup>23</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., FIGUERUELO BURRIEZA, A., NUÑO GÓMEZ, L. (Directores) y CANCIO ÁLVAREZ, M. (Coordinadora): *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*, Madrid, Iustel, 2009, pág. 37.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

discriminación sobre la base del reconocimiento de la igualdad como un derecho subjetivo.

Este doble enfoque constitucional<sup>24</sup> ha dado lugar a un intenso debate sobre el alcance real de la igualdad en el marco constitucional español, de modo que la conclusión mayoritariamente admitida por la doctrina es la de aceptar que se trata de un derecho fundamental y, por tanto, puede dar lugar a un recurso de amparo<sup>25</sup>, sin que por ello pueda negarse su valor de principio constitucional y, consecuentemente, su necesaria presencia transversal y plena en todo el ordenamiento jurídico, al que además servirá como principio interpretativo<sup>26</sup>. En algunos casos, se ha llegado a aseverar que el principio de igualdad formal contenido en el artículo 14 de la CE, que se centra en el modo en que las personas deben ser tratadas por los poderes públicos y que, por tanto, tiene una íntima relación con la seguridad jurídica<sup>27</sup>, debe ser interpretado en el sentido de la igualdad material expresada en el artículo 9.2, realizando una vinculación directa entre el reconocimiento de la igualdad formal del primero de los preceptos y el denominado principio de igualdad de trato<sup>28</sup>, que supone tanto igualdad en la ley como igualdad ante la ley, y que vincula no solamente a los poderes públicos, como ocurría con el principio general de igualdad, sino también a todos los sujetos privados<sup>29</sup>.

Sobre la base del contenido constitucional relacionado con la igualdad, la intervención del Tribunal Constitucional ha sido determinante a la hora de perfilar

---

<sup>24</sup> DE ASÍS ROIG, CAMPOY CERVERA, I. y BENGOCHEA GIL, M.A.: «Derecho a la igualdad y a la diferencia...», op. cit., pág. 119. Los autores identifican, en realidad, una triple función de la igualdad desde el punto de vista constitucional: como valor, como principio y como derecho.

<sup>25</sup> Normalmente esta vía se ha vinculado con el contenido del artículo 14 C.E., pero el TC ha llegado a estimar recursos de amparo basados en el contenido del artículo 9.2 CE, como en el caso de la STC 216/1991, de 26 de abril de 1991.

<sup>26</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., FIGUERUELO BURRIEZA, A., NUÑO GÓMEZ, L. (Directores) y CANCIO ÁLVAREZ, M. (Coordinadora): *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*, op. cit., págs. 34, y 78 a 81.

<sup>27</sup> MANGAS MARTÍN, A. (Directora): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Atlántida, 2008, pág. 392.

<sup>28</sup> GIMENEZ GLUCK, D.: «El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad en el ordenamiento europeo y español», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad, Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Aranzadi, 2009, pág. 230.

<sup>29</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 53.



el alcance y contenido de este principio constitucional que a la vez es un valor superior y un derecho subjetivo, configuración que ha estado presente en nuestra jurisprudencia constitucional desde la STC 49/1982, de 14 de julio de 1982, que deduce del artículo 14 de la CE un derecho subjetivo de los españoles “a obtener un trato igual”, lo que supone la imposición a los poderes públicos de la obligación de igualdad de trato y condiciona el contenido de las normas y su aplicación desde la perspectiva del respeto a ese derecho constitucional<sup>30</sup>. En la Sentencia mencionada, el TC se refiere expresamente a una “igualdad jurídica o igualdad ante la ley”, que no comporta necesariamente una igualdad material, de modo que a los supuestos de hecho iguales deben ser aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también, lo que supone que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho necesariamente tiene que existir una justificación de esas diferencias fundada y razonable. Siguiendo esa misma línea, la Sentencia 8/1986, de 21 de enero de 1986, llega a otorgar a este derecho subjetivo la condición de fundamental, y lo vincula a la ausencia de discriminación, configurando así la relación entre la igualdad de trato y el derecho de una persona a no recibir un tratamiento diferente a otra que se encuentre en una misma situación, salvo si existe una “justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato”.

La evolución de la jurisprudencia constitucional conduce a la consolidación de la configuración del principio de igualdad formal desde el punto de vista de la igualdad de trato, tanto en la concepción de derecho subjetivo cuanto en la de principio limitador de la acción de los poderes públicos, como la ausencia de discriminación derivada del trato desigual ante situaciones que pueden ser consideradas racionalmente iguales, siempre que no exista una justificación objetiva y razonable de la diferenciación<sup>31</sup>. Se ha llegado a afirmar que,

---

<sup>30</sup> Posteriormente, en STC 7/1983, de 14 de febrero de 1983, el magistrado Díez-Picazo emite voto particular en el que define el principio de igualdad como un principio general del Derecho y, consecuentemente, limitador del poder legislativo, a la vez que lo concibe como un derecho subjetivo de los ciudadanos.

<sup>31</sup> Nuestra jurisprudencia constitucional ha llevado a cabo una minuciosa labor de determinación de la razonabilidad caso por caso, de modo que es este juicio de razonabilidad el que, en definitiva, determina el verdadero alcance del propio principio de igualdad formal derivado del artículo 14 de la CE. En la mayoría de los casos, la arbitrariedad ha jugado un papel relevante como antítesis de la razonabilidad a lo hora de determinar la existencia o no de situaciones de desigualdad constitucionalmente inadmisibles.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

reconociendo que el principio de igualdad no excluye las desigualdades, y que éstas son admisibles cuando exista esa justificación objetiva y razonable que hemos señalado, el control de constitucionalidad de la igualdad es, en el fondo, un control de su razonabilidad<sup>32</sup>. Así pues, junto con la consagración de la igualdad de trato como consecuencia inmediata del principio constitucional de igualdad, aparece en nuestra jurisprudencia constitucional una limitación positiva del propio principio, en el sentido de que la consecución efectiva de la igualdad de trato no impide al legislador cualquier desigualdad, sino únicamente aquellas que resulten injustificadas desde el punto de vista de la objetividad y la razonabilidad<sup>33</sup>, de manera que, como se indica en STC 148/1986, de 25 de noviembre de 1986, no se puede exigir igualdad de trato al legislador cuando trata de extraer consecuencias jurídicas diferenciadas respecto de casos en los que la situación jurídica originaria era diferente. En definitiva, se trata de que las consecuencias jurídicas que resulten de las diferenciaciones sean adecuadas y proporcionadas al fin que se persigue con la propia distinción, debiendo superar un juicio constitucional de proporcionalidad que evite excesos o desmesuras<sup>34</sup>, de manera que este juicio de proporcionalidad, junto con el de racionalidad<sup>35</sup>, constituyen la base de la determinación del denominado “juicio de igualdad”<sup>36</sup>.

Sobre el principio de proporcionalidad, que deriva del de igualdad y que afecta a este juicio hasta el punto de condicionar la determinación de la constitucionalidad o no de una norma, se ha llevado a cabo un intenso análisis doctrinal y jurisprudencial, de modo que, sin obviar su marcado componente casuístico, se ha tendido a centrar la cuestión en tres parámetros básicos: la idoneidad o

---

<sup>32</sup> MARTÍNEZ TAPIA, R.: *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*, Almería, Universidad de Almería, 2000, pág. 11.

<sup>33</sup> Entre otras, STC 63/1988, 148/1990, 2/1992, 95/1993, 192/1994 o 32/2004.

<sup>34</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., FIGUERUELO BURRIEZA, A., NUÑO GÓMEZ, L. (Directores) y CANCIO ÁLVAREZ, M. (Coordinadora): *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*, op. cit., pág. 36.

<sup>35</sup> TUSSMAN, J. y TENBROECK, J.: «The equal protection of the Laws», en *California Law Review*, Vol. XXXVII, núm. 3, 1949, pág. 341. Se hace referencia a la construcción teórica de la Corte Suprema de Estados Unidos de la denominada “clasificación razonable”, que supone que la Ley pueda recoger diferencias de trato sin vulnerar el principio de igualdad, cuando tal diferenciación legislativa sea razonable y proporcionada.

<sup>36</sup> GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, pág. 55.

congruencia, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto<sup>37</sup>. Esta triple formulación del contenido del principio de proporcionalidad es también conocida como el “test alemán”<sup>38</sup>, y es apreciable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de manera muy evidente, a partir de la STC 66/1995, de 8 de mayo de 1995, en la que se concluye la constitucionalidad de la decisión administrativa cuestionada amparándose en que resulta, además de razonable, proporcionada al cumplir tres requisitos o condiciones: la medida es susceptible de conseguir el objetivo de garantía del orden público propuesto (idoneidad), no existe otra medida más moderada y de igual eficacia para la consecución de dicho objetivo (necesidad), y puede ser considerada ponderada por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. La presentación de este principio de proporcionalidad, construido sobre la triple perspectiva descrita, resultará especialmente importante a la hora de analizar, desde el punto de vista del principio constitucional de igualdad, las medidas de acción positiva como mecanismos de garantía de la igualdad de oportunidades en distintos ámbitos, y muy señaladamente en relación con el empleo de las personas con discapacidad.

Especialmente relevante en el ámbito que nos ocupa es el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto, basado, en definitiva, en otro de los valores superiores del ordenamiento jurídico, que es la justicia, de manera que la comparación debe producirse entre el beneficio perseguido y los costes necesarios para alcanzar el fin de la igualdad efectiva, constituyendo así un juicio de ponderación que, prescindiendo de la comparación entre alternativas, se limita a relacionar la medida propuesta con la finalidad perseguida<sup>39</sup>. De este modo, mientras que el juicio de necesidad se basa en un principio de intervención mínima y de subsidiariedad y el juicio de idoneidad está directamente relacionado con la concepción de un Estado social, el principio de proporcionalidad en sentido estricto debe atender a la relación entre la medida y la finalidad, en términos de

---

<sup>37</sup> BARNES, J.: «Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades», Cuadernos de Derecho Público, núm. 5, septiembre-diciembre 1998, pág. 333.

<sup>38</sup> BARNES, J.: «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», Revista de Administración Pública, núm. 135, 1994, pág. 499.

<sup>39</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 11, 2003, págs. 120 a 171.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

eficacia. Extensamente analizada esta relevante cuestión en el ámbito penal a la hora de determinar la proporcionalidad entre el delito y la pena, se ha llegado a plantear la imposibilidad de establecer criterios objetivos de ponderación<sup>40</sup>, circunstancia que dificulta extraordinariamente la aplicación de un principio, el de proporcionalidad, que constitucionalmente requiere un juicio previo por parte del legislador<sup>41</sup> a la hora de establecer medidas correctoras que permitan la aplicación efectiva del principio de igualdad. En el ámbito de la efectividad de las cuotas de reserva en el empleo de las personas con discapacidad, se antoja especialmente complejo y relevante este juicio de proporcionalidad en sentido estricto, puesto que superados los de necesidad e idoneidad, el acierto en la ponderación de las medidas positivas condicionará de manera determinante la eficacia de las mismas respecto del fin perseguido. Es por ello que, tal vez, en ese principio de proporcionalidad que hemos denominado “estricto”<sup>42</sup> deba jugar un papel relevante un elemento que en los primeros momentos de desarrollo constitucional no podía ser razonablemente tenido en cuenta, pero que actualmente puede resultar especialmente impulsor de la eficacia que reclamamos, y ese factor no es otro que la experiencia. Ciertamente es que no existen parámetros constitucionales que permitan, a priori, establecer las bases del principio de proporcionalidad, pero no lo es menos que, en términos de ponderación, el conocimiento de los efectos producidos por una determinada medida acercarán a quien pretenda valorar su proporcionalidad a un juicio más ponderado y, en definitiva, más justo.

Por otra parte, nuestro Tribunal Constitucional, además de precisar el contenido y el alcance que desde los distintos puntos de vista tiene el principio constitucional de igualdad recogido en el artículo 14, ha sostenido reiteradamente que, en todo caso, debe ser considerado en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, y es en este sentido que resalta el papel que debe jugar el llamado

---

<sup>40</sup> FERRAJOLI, L.: *Teoría del garantismo penal, Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, pág. 153.

<sup>41</sup> STC 55/1996, de 28 de marzo de 1996. El Tribunal Constitucional entiende, en relación con la proporcionalidad de una determinada pena, que “el Tribunal no puede, para establecerla, tomar como referencia una pena exacta, que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la Norma suprema no contiene criterios de los que pueda inferir esa medida”.

<sup>42</sup> También denominado “juicio de ponderación”.

principio de igualdad material contenido en el artículo 9.2. Lo cierto es que, como ya hemos apuntado, la mayoría de las Sentencias del Tribunal Constitucional en las que se tratan cuestiones relacionadas con el principio de igualdad llegan de la mano de invocaciones del contenido del artículo 14, pero no es menos cierto que una completa comprensión del mandato constitucional en materia de igualdad requiere profundizar en el contenido del artículo 9.2 y en las consecuencias sociales que la adecuada aplicación del mismo debe comportar<sup>43</sup>. En este sentido, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha decidido recorrer esta senda<sup>44</sup>, cuyas consecuencias jurídicas futuras no pueden ser obviadas<sup>45</sup>, y que merece un análisis detallado considerando la especial relevancia que esta nueva perspectiva tiene respecto de las acciones positivas y, consecuentemente, en el ámbito de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el acceso al empleo.

En la Sentencia 12/2008, de 29 de enero de 2009, es significativamente apreciable el avance del Tribunal Constitucional en la interpretación del alcance el principio constitucional de igualdad desde el punto de vista del mandato constitucional de igualdad material contenido en el artículo 9.2 de la CE. La Sentencia, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad promovida con ocasión de la modificación que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, lleva a cabo en distintos preceptos de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General<sup>46</sup>, hace referencia al Auto del órgano jurisdiccional de instancia que promueve la cuestión, en el que se cita la STC 144/1988, para recordar la

---

<sup>43</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, Ibidem, 1999, págs. 77 a 79. El autor plantea la derivación de dos datos a partir del enfoque social del artículo 9.2 CE: la perspectiva colectiva y la clave participativa, destacando en el primer caso el valor instrumental del precepto a la hora de ponderar las vulneraciones del artículo 14 de la CE en la aplicación de medidas de acción positiva, y en el segundo su utilidad para determinar la constitucionalidad de las políticas de empleo relacionadas con las personas con discapacidad.

<sup>44</sup> La publicación de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha supuesto un impulso notable de la jurisprudencia constitucional en esta materia, al haber de afrontar el Alto Tribunal cuestiones de inconstitucionalidad relacionadas con esta norma que han permitido profundizar en el alcance y en el contenido del principio constitucional de igualdad sobre la doctrina clásica del propio TC.

<sup>45</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., FIGUERUELO BURRIEZA, A., NUÑO GÓMEZ, L. (Directores) y CANCIO ÁLVAREZ, M. (Coordinadora): *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*, op. cit., pág. 37.

<sup>46</sup> En este caso, con concreta y obligada referencia al contenido del artículo 23.2 CE, que supone la derivación del principio general de igualdad contenido en el artículo 14 en relación con el acceso de los ciudadanos a la función pública.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

jurisprudencia constitucional relativa a que es contrario a lo establecido en el artículo 14 de la CE que el legislador dé un trato distinto a personas que se hallen en la misma situación, si bien es posible que una norma haga distinciones siempre que puedan ser calificadas de objetivas y razonables, constituyendo discriminaciones cuando sean arbitrarias o irrazonables. Sobre esta base, el órgano jurisdiccional promotor recuerda que la igualdad, además de formal, ha de ser real y efectiva, a la vista de lo establecido en el artículo 9.2 de la CE, dotando así de legitimidad a las acciones positivas cuya finalidad es la consecución de la igualdad de oportunidades, y pone como ejemplo las cuotas de reserva en el acceso al empleo público de las personas con discapacidad, consideradas como “discriminación positiva indirecta en méritos del artículo 49 CE”. En este sentido, se puede compartir la afirmación de que el calado social que presenta el artículo 9.2 de la CE, con independencia de las políticas específicas que devienen del 49, sería en sí mismo suficiente para legitimar políticas específicas de atención a las personas con discapacidad<sup>47</sup>.

El Tribunal Constitucional, en la mencionada Sentencia 12/2008, aborda el análisis del alcance del contenido del artículo 9.2 de la CE, recordando que en STC 216/1991, de 14 de noviembre, ya se decía que la igualdad, consagrada como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1.1 de la CE, no solamente se traduce en la de carácter formal del artículo 14 de la CE, sino también “en la de índole sustancial recogida en el artículo 9.2”, que exige a los poderes públicos la promoción de las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva para individuos y grupos, ligando esta efectividad a la realización del libre desarrollo de la personalidad. De este modo, el TC vincula la proscripción de acciones discriminatorias con la formulación clásica del principio de igualdad contenida de modo formal en el artículo 14 de la CE, mientras que deduce del 9.2 la necesidad de llevar a cabo acciones que favorezcan la igualdad material, entendiendo que esto último caracteriza de manera incuestionable a un Estado social y democrático de Derecho. A partir de aquí, la Sentencia está repleta de menciones expresas al contenido del artículo 9.2 de la CE para

---

<sup>47</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Derecho al Trabajo de las personas con discapacidad*, Madrid, Real Patronato sobre Discapacidad, 2003, pág. 11.

justificar, desde el punto de vista de la igualdad material, la adopción de medidas que permitan hacer efectiva la igualdad en el terreno de la participación política; a la legitimidad de este fin el TC añade, en la formulación clásica del juicio de igualdad, la razonabilidad del régimen instrumentado por el legislador y la proporcionalidad de la medida, que llega a calificar de inocua para los derechos fundamentales de los afectados.

A modo de resumen, y en una apelación a terminologías más descriptivas, a partir del contenido del principio constitucional de igualdad y de su configuración a través de la jurisprudencia del TC, podríamos decir que junto a la “igualdad pasiva o contemplativa” que deviene del principio formal de igualdad de trato contenido en el artículo 14 de la CE, concretada en las medidas antidiscriminatorias, el artículo 9.2 supone una exigencia de efectividad y realidad que únicamente puede hallarse en la “igualdad activa”, concretada fundamentalmente en las medidas de acción positiva.

Para finalizar este primer apartado, y una vez analizado el principio constitucional de igualdad y de los juicios de racionalidad y proporcionalidad que determinarán en última instancia su alcance y contenido en cada caso, así como la evolución de la jurisprudencia constitucional en la configuración del propio principio, que apunta hacia una visión más progresista que permite poner en primer término los aspectos sustanciales del mismo, conviene realizar una breve reflexión sobre el lugar que ocupa en este amplio campo la discapacidad. Como hemos tenido ocasión de comprobar, el artículo 14 de la CE no cita expresamente este rasgo como uno de los protegidos por la prohibición de discriminación, debiendo entenderse comprendido en la cláusula abierta que el precepto establece *in fine* al referirse a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Aunque pudiera parecer ocioso debatir sobre el valor y el sentido que pueda tener que un rasgo aparezca expresamente señalado en la lista del artículo 14 de la CE o no, lo cierto es que, *prima facie*, pudiera apreciarse una cierta prioridad del legislador constitucional por prevenir la discriminación en determinados supuestos, de modo que los no citados expresamente ocuparían un lugar menos prevalente en esa lucha. Así, el propio Tribunal Constitucional ha señalado dos gradaciones en su juicio de igualdad: una de baja intensidad, denominada “juicio de mínimos”, que

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

recae sobre toda diferenciación normativa en general, y otra más intensa, denominada “juicio estricto”, reservada a las clasificaciones que perjudiquen a los colectivos específicamente protegidos por las cláusulas antidiscriminatorias del artículo 14 de la CE.

La ausencia de referencia expresa en el precepto mencionado a la discapacidad podría condicionar la intensidad del juicio constitucional de igualdad cuando sea éste el rasgo que puede determinar un supuesto de discriminación prohibida, pero lo cierto es que la cláusula abierta del propio artículo 14 de la CE no parece apuntar en ese sentido, y así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional, admitiendo que el caso de las personas con discapacidad pueda ser asimilado a los expresamente recogidos en el precepto constitucional<sup>48</sup>, de manera que las personas con discapacidad constituyen un colectivo cuya protección frente a la discriminación debe comportar la aplicación del denominado “juicio estricto” de igualdad y, consecuentemente una posición especialmente intensa a la hora de sospechar sobre la verdadera naturaleza de una norma y de la finalidad que pueda perseguir, sin establecer a priori alguna presunción a favor de la constitucionalidad de la propia norma<sup>49</sup>.

No obstante, y a modo de conclusión de este apartado introductorio, lo cierto es que parece que la evolución de la jurisprudencia constitucional, claramente apreciable en la comentada STC 12/2008, hacia una configuración del principio de igualdad material derivado del artículo 9.2 de la CE, permitiría avanzar en el sentido de concebir la prohibición de la discriminación en el acceso al empleo de las personas con discapacidad como una materialización del principio de igualdad de oportunidades derivado del propio 9.2. Es incuestionable la necesidad de mantener un principio formal de igualdad ante la ley del que se derive indubitadamente la igualdad de trato de todos los individuos y grupos que conforman la sociedad sobre premisas de razonabilidad y proporcionalidad. Sin embargo, la experiencia ha puesto de manifiesto, como se podrá comprobar a lo

---

<sup>48</sup> STC 269/1994, de 3 de octubre de 1994, que se analizará en profundidad más adelante cuando se trate sobre las acciones positivas.

<sup>49</sup> GIMENEZ GLUCK, D.: «El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad en el ordenamiento europeo y español», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad...*, op. cit., págs. 232 a 236.



largo de esta obra, la insuficiencia de estos mecanismos formales para obtener de manera eficiente resultados en términos de integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario, de modo que, en aras de la igualdad real y efectiva que reclama el artículo 9.2 de la CE, los principios de razonabilidad y proporcionalidad –muy especialmente este último- deben estar al servicio de la consecución de la real igualdad de oportunidades. De este modo, se facilitaría la producción de normas que, además de resultar formalmente correctoras de las desigualdades carentes de justificación razonable y favorecedoras de la igualdad de trato, permitieran realmente considerar que un individuo o un colectivo que presentan discapacidad pudieran sentir que están en condiciones de participar sin trabas ni obstáculos específicos en la vida social y, muy particularmente, en el acceso al empleo. Así, el juicio de proporcionalidad no debería hallarse únicamente en el plano del razonamiento genérico, propio de los previos e imprescindibles juicios de idoneidad y necesidad, sino en el de la eficacia y en el del equilibrio de una determinada situación respecto de lo que podríamos denominar la normalidad social, y ello debe comportar en muchas ocasiones una aparente, desde el punto de vista de la igualdad formal, desproporción inicial en la intensidad de la medida a adoptar, de modo que ésta pueda ser inmediatamente eficaz en la corrección de la desigualdad que se pretende combatir, ya que de no ser así, en muchos casos resultará inútil. A estos efectos, como ya se ha señalado, parece imprescindible en ese juicio último de proporcionalidad acudir a la experiencia, y en este sentido nos favorece el hecho de que alguna de las acciones encaminadas a combatir las discriminaciones y a garantizar la igualdad de oportunidades se han mostrado manifiestamente insuficientes para conseguir tales fines, de modo que puede predicarse razonablemente la falta de proporcionalidad, por insuficiencia, de las mismas. Se intentará justificar más adelante esta necesidad de intensificación de la eficacia de las medidas de acción positiva en el momento en que se plantee la valoración del impacto que las cuotas de reserva han tenido en la pretendida normalización del acceso de las personas con discapacidad al empleo.

En definitiva, la evolución de la concepción del principio de igualdad debe estar vinculada a las consecuencias que su aplicación tenga en la sociedad respecto de

la erradicación de las discriminaciones. Así, si en un primer momento el principio formal de igualdad ante la ley actuó como mecanismo de eliminación de las discriminaciones arbitrarias, para posteriormente evolucionar hasta hacerse presente no solamente en la ley sino en la aplicación de la misma<sup>50</sup> y en la utilización de la ley para diferenciar y favorecer de este modo una igualdad real<sup>51</sup>, tal vez sea el momento de proponer un nuevo paso evolutivo, consistente en establecer como premisa la igualdad material y convertirla en un verdadero derecho subjetivo que permita intensificar las acciones conducentes a lograr una verdadera igualdad de oportunidades, dando protagonismo a la valoración de su eficacia a la hora de juzgar su proporcionalidad y manteniendo el principio general de igualdad de trato como elemento básico en la producción de normas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto en sus contenidos como en su aplicación.

## **1.2 Las discriminaciones y sus formas**

La precisión del concepto de discriminación es determinante a la hora de establecer los límites dentro de los cuales el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la CE debe operar para erradicar las diferencias injustificadas generadas en distintos sectores de la población, que no solamente han propiciado posiciones desventajosas para muchos ciudadanos, sino que en muchos casos, como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional, se ha vulnerado claramente el derecho a la dignidad de la persona reconocido en el artículo 10.1 CE<sup>52</sup>, que es un valor constitucional<sup>53</sup> y un fundamento de otros derechos fundamentales<sup>54</sup> a la vez que constituye la legítima contrapartida al monopolio

---

<sup>50</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, pág. 21.

<sup>51</sup> SUAY RINCÓN, J.: *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, pág. 26.

<sup>52</sup> Entre otras, SSTC 166/1988, de 26 de septiembre y 145/1991, de 1 de julio.

<sup>53</sup> STC 53/1985, de 11 de abril de 1985.

<sup>54</sup> RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., con la colaboración de RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, I.: «Artículo 10: Derechos fundamentales de la persona», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Director): *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo II* Madrid, Cortes Generales, Edersa, 1996, págs. 37 y sig.

otorgado al Estado para impartir justicia<sup>55</sup>. En este sentido, se ha llegado a afirmar que la trilogía “libertad-dignidad-igualdad” viene a erigirse en valores jurídicos fundamentales<sup>56</sup>, y que la dignidad de la persona y la igualdad son, sin lugar a dudas, los principios fundamentales para la construcción de un derecho real y efectivo a una vida autónoma en la comunidad<sup>57</sup>.

Puede ser compartida la amplísima posición doctrinal que entiende que en el artículo 14 de la CE se contienen, en realidad, dos principios de base común, pero diferentes. Por una parte, se establece el principio de igualdad en la ley y en la aplicación de la ley, de modo que no puedan caber desigualdades arbitrarias o carentes de razonabilidad, pero por otra se prohíbe expresamente la discriminación basada en determinadas condiciones o circunstancias personales o sociales, algunas de ellas identificadas expresamente y otras a través de una fórmula abierta que permite incluir entre tales circunstancias, como hemos visto, la discapacidad. De este modo, se ha llegado a afirmar que se produce un verdadero reconocimiento de un derecho fundamental a no ser discriminado<sup>58</sup>, que tendría un contenido más taxativo e intenso que el del propio principio de igualdad formal y que va más lejos de la protección constitucional de igualdad ante la ley<sup>59</sup>, y en este sentido, el planteamiento de la discapacidad como circunstancia generadora de exclusión social y discriminación ha supuesto el tránsito desde un enfoque centrado en el bienestar social hacia otro basado en los derechos humanos, especialmente apreciable en la normativa internacional a partir de los años setenta<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (INAP): «El artículo 24 de la Constitución: algunos problemas pendientes», en Cuadernos de Derecho Público, Instituto Nacional de Administración Pública, nº 10, Mayo-Agosto/2010, pág. 9.

<sup>56</sup> GARCÍA GARCÍA, C.: *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia, Universidad de Murcia, 2003, pág. 5.

<sup>57</sup> BAYARRI CATALÁN, V.: «La regulación pendiente de los derechos sociales a la inclusión en la comunidad de las personas con discapacidad», en PÉREZ BUENO, L. (Director): *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social (Estudio en homenaje a Paulino Azúa Berra)*, Madrid, Ediciones Cinca, 2010, pág. 133.

<sup>58</sup> DE ASÍS ROIG, CAMPOY CERVERA, I. y BENGOCHEA GIL, M.A.: «Derecho a la igualdad y a la diferencia...», op. cit., pág. 129.

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: *Igualdad y discriminación*, op. cit., pág. 66.

<sup>60</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: «Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidades a través de la legislación», Ginebra, OIT, 2007, págs. 7 a 8.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Conviene, por tanto, analizar el concepto de discriminación para fortalecer y precisar el alcance del deber de protección que el legislador constitucional ha querido establecer frente a ella. Gramaticalmente, el verbo discriminar tiene dos acepciones; la primera de ellas es la de seleccionar excluyendo, mientras que la segunda se refiere a dar trato de inferioridad a una persona por diversos motivos<sup>61</sup>. Hay, por tanto, una connotación negativa en esta última acepción, que es sin duda la que se corresponde con el contenido del artículo 14 de la CE, puesto que en la primera de las acepciones no existe, necesariamente, una conducta reprobable<sup>62</sup>. Por otra parte, y a pesar de que en muchas ocasiones se ha utilizado el término discriminación como sinónimo de desigualdad, lo cierto es que en el ámbito jurídico aquél tiene un contenido más restringido que éste, puesto que más allá de la existencia objetiva de un trato desigual, la discriminación supone la presencia de elementos peyorativos<sup>63</sup>, es decir, de actitudes o posiciones que intencionadamente pretenden la exclusión de un individuo o de un grupo de personas de un determinado ámbito social, ya sea porque se les quiere apartar dentro de un determinado grupo –discriminación intragrupal- o porque pertenecen a un grupo respecto del cual otro resulta impermeable a la integración –discriminación intergrupala- de modo que, en ambos casos, se aprecia una desigualdad de trato entre individuos, ya sea dentro o fuera del grupo. En definitiva, podemos afirmar que no es lo mismo discriminar que distinguir, ya que la discriminación supone siempre una diferencia de trato en el ejercicio o en el disfrute de un derecho que carece de justificación objetiva y

---

<sup>61</sup> El Diccionario de la Real Academia Española cita a modo de ejemplo los raciales, religiosos o políticos. Parece que la discapacidad no es una de las circunstancias que de modo inmediato se relaciona con la discriminación, o al menos eso se deduce de que tanto en el ámbito legislativo constitucional como en el lingüístico no se cita expresamente, si bien es cierto que en ambos casos se acude a fórmulas abiertas que permiten, de manera indubitada, su inclusión.

<sup>62</sup> Tanto es así que el propio Diccionario de la RAE incluye el término “discriminación positiva”, y lo define como la “protección de carácter extraordinario que se da a un grupo históricamente discriminado, especialmente por razón de sexo, raza, lengua o religión, para lograr su plena integración social”. La proximidad de este concepto con el de acción positiva, que trataremos más adelante, es indudable, y nuevamente se aprecia la omisión de la discapacidad a la hora de identificar colectivos “históricamente discriminados”; curiosa circunstancia ésta si se tiene en cuenta que pocos colectivos han sufrido de manera tan apreciable y tan permanente en la historia el trato discriminatorio.

<sup>63</sup> BARRERE UNZUETA, M.: *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997, pág. 19.

razonable y que, por tanto, no tiene un objetivo legítimo que respete el principio de proporcionalidad entre los medios elegidos y el fin perseguido<sup>64</sup>.

En algunas ocasiones, para precisar el contenido del derecho antidiscriminatorio, y a la vista de que no se pueden equiparar sin más desigualdad y discriminación, se ha pretendido identificar esta última con la diferenciación injusta o arbitraria, apareciendo de este modo el aspecto peyorativo al que se ha aludido anteriormente y que hace que no se produzcan diferenciaciones entre individuos, sino “contra” algunos de ellos. No obstante, esta identificación de la discriminación con la diferenciación injusta tampoco resuelve definitivamente el problema conceptual, puesto que la identificación de la arbitrariedad no resulta siempre una tarea sencilla, ya que, como hemos tenido ocasión de comentar en el apartado anterior, precisa juicios de razonabilidad y de proporcionalidad. Por otra parte, una objetivación excesiva de la diferenciación injusta, referida al concepto de justicia material, puede llevar en ocasiones al rechazo de diferenciaciones cuya finalidad es la corrección de desigualdades estructurales, como ocurre en numerosas ocasiones con las personas con discapacidad, de modo que limitaría extraordinariamente las posibilidades de aplicar medidas de acción positiva correctoras de esas desigualdades aun cuando éstas, en un simple análisis de justicia material, no aparecieran de modo evidente como arbitrarias o injustas. Sirve perfectamente, a estos efectos, el ejemplo de las cuotas de reserva en el empleo de las personas con discapacidad, que suponen una diferenciación evidente y un trato desigual a favor de las personas con discapacidad, pero que no parten de una diferenciación injusta o arbitraria de los empresarios a la hora de contratar trabajadores, ya que las políticas de contratación pueden estar perfectamente basadas en criterios objetivos y nada sospechosos de parcialidad respecto de personas o grupos determinados, hasta el punto de que no se puede obviar que la discapacidad colisiona en ocasiones con el núcleo duro de las obligaciones del trabajador en la relación de trabajo<sup>65</sup>. No obstante, lo cierto es que en condiciones de libertad contractual absoluta, las personas con discapacidad tienen evidentes dificultades para acceder al empleo, y ello con independencia de que el origen de esta situación pueda no tener relación con una

---

<sup>64</sup> MANGAS MARTÍN, A. (Directora): *Carta de los Derechos Fundamentales...*, op. cit., pág. 394.

<sup>65</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., pág. 84.

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

diferenciación arbitraria de los contratantes. Por ello, la acción positiva no puede presentarse como una diferenciación injusta –aunque se ha intentado en numerosas ocasiones- puesto que lo que pretende, precisamente, es eliminar desigualdades estructurales constatables.

En la línea apuntada anteriormente, y a partir de la concepción de la acción positiva como mecanismo antidiscriminatorio, en el sentido de favorecer la eliminación de la desigualdad estructural que afecta a ciertos colectivos, se ha producido una utilización del término discriminación que justifica y clarifica esa acción, al ser considerada como “discriminación positiva” o “discriminación inversa”. En este caso, la utilización del término no parece especialmente plausible desde un punto de vista gramatical, ya que en ninguna de sus dos acepciones parece admitir los calificativos descritos. Discriminar está necesariamente relacionado con excluir, ya sea de manera objetiva o inocua o de modo arbitrario e injusto, y por tanto no parece recomendable utilizar las expresiones señaladas anteriormente, a pesar de que hay que reconocer el éxito que su constante uso coloquial –y científico, en ocasiones- demuestra, de modo que, en todo caso, la acción positiva debería estar referida a la “diferenciación positiva” o, en una expresión que puede resultar aun más propia, a la “diferenciación justa”.

A partir de esta delimitación conceptual de la discriminación, se ha planteado el alcance que la expresión tiene en el ámbito constitucional, y más concretamente dentro del artículo 14 de la CE, en el sentido de si la prohibición de discriminación que contiene debe entenderse referida a todas las infracciones del principio general de igualdad, o si bien únicamente se refiere a la vulneración de ese principio cuando concurren algunas de las circunstancias que expresamente se citan en el precepto constitucional. Si acogiésemos esta última posibilidad, que supondría asumir un concepto estricto de discriminación, habríamos de concluir que existen criterios de diferenciación prohibidos por la constitución, cuya presencia supondría incurrir en discriminación prohibida, a la vez que permanece un principio general de igualdad de trato. Algunos autores defienden la prevalencia del sentido amplio de discriminación sobre el estricto, que actuará por

excepción de aquel<sup>66</sup>, resultando de este modo prioritaria la aplicación de la prohibición de discriminación en el sentido de cumplimiento estricto del principio de igualdad de trato.

Por otra parte, y aun estando recogida formalmente en el artículo 14 de la CE la prohibición de discriminación, es el principio de igualdad material contenido en el artículo 9.2 de la CE el que supone el reconocimiento de una igualdad sustancial sobre la base del respeto a las diferencias que compromete al Estado a crear condiciones reales de igualdad que garanticen a los ciudadanos la efectiva aplicación del propio principio. En este sentido, y constatada la existencia de diferencias sociales que perjudican notablemente a determinados grupos de ciudadanos, lo cierto es que la lucha contra la discriminación y la necesidad de tutela antidiscriminatoria surge precisamente del contenido de ese artículo 9.2 de la CE<sup>67</sup>.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional en relación con la prohibición de discriminación, el Tribunal Constitucional ha concluido que las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 de la CE implican un juicio de irracionalidad de la diferenciación establecida en la propia CE, y que aquéllas únicamente pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad<sup>68</sup>. Por otra parte, el TC dispone la inversión de las reglas generales de prueba<sup>69</sup>, exigiendo a quien sostiene la legitimidad constitucional de posibles diferencias de trato que aporte el fundamento probatorio, señalando que para excluir que una determinada acción incurra en vulneración del principio constitucional no es suficiente demostrar la existencia de apoyo legal, sino que además se ha de descartar toda duda sobre la instrumentalización *ad casum* para una finalidad inconstitucional<sup>70</sup>, de modo que se explique “objetiva, razonable y proporcionalmente tal decisión y eliminando

---

<sup>66</sup> BARRERE UNZUETA, M.A.: «Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual». Artículo publicado en <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere1.pdf>, pág. 15.

<sup>67</sup> RUIZ CASTILLO, M.: *Igualdad y no discriminación. La proyección...*, op. cit., pág. 13.

<sup>68</sup> STC 200/2001, de 4 de octubre de 2001 y STC 39/2002, de 14 de febrero de 2002, entre otras.

<sup>69</sup> *Incumbit probatio qui dixit, non qui negat*.

<sup>70</sup> STC 49/2003, de 17 de marzo de 2003.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

toda sospecha de que ésta ocultara la lesión de un derecho fundamental de la trabajadora, sin que pueda servir para lograrlo la abstracta razón de legalidad invocada”<sup>71</sup>.

Para finalizar este apartado dedicado al análisis de la discriminación como concepto y su alcance en el marco constitucional, nos referiremos a las formas en las que la discriminación se presenta. Tradicionalmente, se ha venido distinguiendo entre dos tipos de discriminación: la denominada discriminación directa y la discriminación indirecta. Esta inicial clasificación dual ha evolucionado hacia la introducción de matices relevantes en el concepto de discriminación que han permitido apreciar otros tipos de conductas discriminatorias, tales como las discriminaciones ocultas y las discriminaciones por indiferenciación<sup>72</sup>. También existen numerosas referencias doctrinales y jurisprudenciales a las denominadas discriminaciones inversas o discriminaciones positivas, a las que ya hemos tenido ocasión de referirnos y que serán objeto de estudio más detallado en ulteriores apartados, al tratar sobre las medidas de acción positiva en la lucha contra la discriminación, tanto con carácter general como a las específicamente referidas a la consecución de la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo de las personas con discapacidad.

Las discriminaciones directas suponen tratamientos desfavorables sufridos por una persona respecto de otra que se halla en una situación comparable, de modo que mediante la aplicación de criterios jurídicos es fácilmente constatable la existencia de discriminación. En estos casos, la apreciación de la discriminación resulta directamente de la aplicación comparativa de criterios de identidad, de modo que objetivamente resulta un trato desigual que no tiene base objetiva y razonable y que está fundado en la presencia de circunstancias o condiciones personales o sociales. Se trata, en definitiva, de supuestos en los que se trata a una persona, que se halla en una situación comparable<sup>73</sup> a la de otra persona, de

---

<sup>71</sup> STC 29/2002, de 11 de febrero de 2002.

<sup>72</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., FIGUERUELO BURRIEZA, A., NUÑO GÓMEZ, L. (Directores) y CANCIO ÁLVAREZ, M. (Coordinadora): *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*, op. cit., págs. 319 a 324.

<sup>73</sup> En realidad, será este elemento de la situación comparable el que, en la práctica, presentará mayores dificultades de precisión, puesto que los referentes habituales suelen ser históricos, de



forma menos favorable por reunir alguna de las características previstas en la normativa como susceptibles de discriminación prohibida<sup>74</sup>.

Frente a estas discriminaciones directas, las discriminaciones indirectas no resultan apreciables por la mera comparación de situaciones ante condiciones o circunstancias iguales, de modo que la determinación de la existencia de una discriminación indirecta resultará siempre más compleja. Se ha definido la discriminación indirecta como aquella situación en la que una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros, ponen a determinadas personas en situación de desventaja particular respecto a otras personas que se encuentran en la misma situación, siempre que no se pueda justificar de forma objetiva que tales diferencias responden a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad fueran necesarios y adecuados<sup>75</sup>. El concepto de discriminación indirecta aparece en la jurisprudencia comunitaria mucho antes de que sea recogido en la normativa interna española<sup>76</sup>, e incluso el propio Tribunal Constitucional también había hecho referencia anticipada a la discriminación indirecta en distintas ocasiones, relacionadas normalmente con las desigualdades injustificadas por razón de sexo, al definirla como “aquella que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales

---

modo que se compara una situación actual con otra anterior de igual naturaleza, si bien también es posible realizar esa comparación con situaciones hipotéticas. En este sentido, podemos concluir que la comparación debe realizarse entre el trato recibido por una persona y el que recibe, ha recibido o podría recibir o haber recibido otra en iguales circunstancias y condiciones.

<sup>74</sup> AGUILERA RULL, A.: «Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres», *InDret Revista per a l'anàlisi del Dret*, núm. 1, 2007, pág. 3.

<sup>75</sup> Tal es el contenido de los preceptos que hacen referencia a la discriminación indirecta en distintas normas, como por ejemplo el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, o el artículo 6.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU).

<sup>76</sup> La primera Sentencia del TJUE que introduce este concepto es la Sentencia de 31 de marzo de 1981, que resuelve el asunto *Jenkins c. Kingsgate*. En este caso, se declaró la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo al establecer un salario/hora inferior para los trabajadores a tiempo parcial que para aquellos que trabajaban a tiempo completo, ya que aunque no se realizaba directamente una discriminación entre hombres y mujeres, el número de éstas con jornadas reducidas era mucho mayor que el de varones y, por tanto, con esa norma se perjudicaba de manera general a las mujeres.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia de sexo”<sup>77</sup>.

Por tanto, a diferencia de lo que ocurre con la discriminación directa, en los casos de discriminación indirecta no se exige la aportación, como término de comparación, de la existencia de un trato más beneficioso o favorable atribuido a otra persona o a otras personas, sino que es suficiente con que exista una norma, o una interpretación o aplicación de la misma, que produzca efectos desfavorables para un grupo de personas que comparten una condición de las consideradas constitutivas de discriminación prohibida. Hay que señalar que, en el caso de la discriminación por razón de sexo, son muy abundantes los casos en que se relaciona la discriminación indirecta por esta razón con el trabajo a tiempo parcial, considerando que las reducciones de jornada se han venido utilizando históricamente como mecanismos de conciliación del trabajo y la vida familiar, de modo que las medidas, aparentemente neutras, que vinculan determinadas ventajas a la realización de jornadas de trabajo completas acabarán perjudicando, generalmente, más a las mujeres que a los hombres y por tanto podrán ser consideradas discriminatorias<sup>78</sup>. En la discriminación indirecta concurren, por tanto, dos elementos precisos y característicos, que son la discriminación fáctica y la ausencia de justificación objetiva y razonable, cuya confluencia conjunta provoca una desventaja particular basada en alguna de las condiciones susceptibles de constituir discriminación prohibida, siempre que no se pueda justificar que la finalidad es legítima y los medios son adecuados y necesarios<sup>79</sup>.

Como ya se ha podido apuntar anteriormente, a pesar de no hallarse expresamente mencionadas en el artículo 14 de la CE, las personas con discapacidad tienen garantizada la máxima protección legal frente a la

---

<sup>77</sup> STC 145/1991, de 1 de julio de 1991.

<sup>78</sup> En la STC 3/2007, de 15 de enero de 2007, el Alto Tribunal concluye que, ante un supuesto en el que la ausencia de reconocimiento por parte de un órgano jurisdiccional de la concreción horaria de una reducción de jornada solicitada por una trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 del TRLET supone una discriminación indirecta, puesto que la falta de concreción de ese derecho condiciona la permanencia en el empleo de la trabajadora al afectar a la compatibilidad entre su vida familiar y laboral, constituyendo así, como hemos señalado, una discriminación indirecta por razón de sexo.

<sup>79</sup> AGUILERA RULL, A.: «Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica...», op. cit., págs. 12 a 16.

discriminación basada en esa circunstancia personal y, por tanto, tanto la discriminación directa como la indirecta resultarán prohibidas constitucionalmente. En este sentido, y como ya se ha indicado, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional más abundante respecto de la prohibición de discriminación es la relacionada con los supuestos de tratamientos diferenciados, directa o indirectamente, por razón de sexo. No obstante, y aunque la construcción jurisprudencial de la discriminación indirecta<sup>80</sup> no está directamente relacionada con la discapacidad, no se puede obviar que se trata de una cuestión fundamental en este ámbito, especialmente en todo aquello que se refiere a las faltas de accesibilidad y las consecuencias discriminatorias que puede producir tales carencias, incluso en ocasiones de presumible ausencia de ánimo discriminatorio. El hecho es que, en esos casos, se producen discriminaciones derivadas de la falta de garantía de accesibilidad a las personas con discapacidad, que se manifiestan en una evidente merma de la efectividad de sus derechos<sup>81</sup>.

Estamos, por tanto, en un ámbito en el que no será extraño encontrar actos, normas, decisiones, criterios o prácticas aparentemente neutros y, consecuentemente, no discriminatorios directamente, pero que de hecho lo son de modo indirecto al generar una situación de desventaja en la persona con discapacidad respecto de aquellas que no presentan esta circunstancia personal. En estos casos, y a salvo de la ya comentada finalidad legítima y la utilización de medios necesarios, adecuados y proporcionados, estaremos ante discriminaciones prohibidas ex artículo 14 de la CE, a la vista de la jurisprudencia del TC respecto de la discriminación indirecta, cuando las restricciones o limitaciones derivadas de ese trato discriminatorio se produzcan como consecuencia de la vulneración del derecho a la igualdad. La discriminación indirecta será la más frecuente en el ámbito de la discapacidad, hasta el punto de

---

<sup>80</sup> STC 145/1991, ya comentada.

<sup>81</sup> DE ASÍS ROIG, CAMPOY CERVERA, I. y BENGOCHEA GIL, M.A.: «Derecho a la igualdad y a la diferencia: análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva», en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. (DIRECTORES): *Tratado sobre discapacidad*, op. cit., pág. 131.

que se ha llegado a afirmar que en la actualidad será la única presente<sup>82</sup>. En algunos casos, por otra parte, estas discriminaciones indirectas que afectan a las personas con discapacidad se presentan con una sutileza que las hace difícilmente perceptibles y, consecuentemente, complejas de atacar.

Podemos concluir este apartado conviniendo que el concepto de discriminación indirecta, al igual que ocurrirá con el de acción positiva que trataremos más adelante, no es sino una manifestación del principio de igualdad material o sustancial<sup>83</sup> y de la evolución que en la construcción de la jurisprudencia constitucional ha supuesto la consideración del principio de igualdad como un derecho subjetivo que requiere, además de la igualdad en la ley y ante la ley, la efectiva y real presencia de ese principio constitucional que suponga una verdadera igualdad de oportunidades para los individuos y grupos.

### **1.3 El principio de igualdad en la normativa internacional**

#### **1.3.1 Naciones Unidas**

Sin duda alguna, y sin obviar el relevante papel que en esta materia han tenido otras Organizaciones Internacionales, como la Organización Internacional de Trabajo<sup>84</sup> y el Consejo de Europa<sup>85</sup>, una aproximación al estudio de la normativa internacional en materia de igualdad debe partir de las normas de todo tipo que emanan de la Organización de Naciones Unidas, y que podríamos clasificar en tres categorías: las normas protectoras, las normas correctoras y las normas no

---

<sup>82</sup> AGUILERA RULL, A.: «Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica...», op. cit., pág. 17.

<sup>83</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «Discriminación indirecta, acción positiva y transversalidad de género». Artículo publicado en Asociación de Mujeres Investigadoras y Tecnólogas (AMIT). Consultado en junio de 2014 en la dirección electrónica [http://www.amit-es.org/assets/files/publicaciones/discriminacion\\_indirecta\\_teresa\\_%20perez\\_vasamblea.pdf](http://www.amit-es.org/assets/files/publicaciones/discriminacion_indirecta_teresa_%20perez_vasamblea.pdf), pág. 4.

<sup>84</sup> La protección de los trabajadores con discapacidad frente a la discriminación aparece ya en la Recomendación nº 71, de 12 de mayo de 1944, que incluso plantea la puesta en marcha de acciones positivas en el empleo de las personas con discapacidad, como tendremos ocasión de analizar en ulteriores capítulos de esta obra. En la misma línea, destacan las Recomendaciones nº 99, 111, 168 y 189, y los Convenios nº 100, 111, 117, 159, 175 y 181.

<sup>85</sup> Destaca la Carta Social Europea (Turín, 18 de octubre de 1961, revisada el 3 de mayo de 1996), que contiene también menciones expresas a la igualdad y a la acción positiva en el empleo de las personas con discapacidad, y las Recomendaciones AP (84), R (92) y Rec (2006).

discriminatorias<sup>86</sup>. Todas ellas parten, desde el origen mismo de la Organización, de los propios textos fundacionales de Naciones Unidas, y más concretamente de la Carta de San Francisco de 1945, en cuyo primer artículo encontramos ya referencias directas a la igualdad, al establecer como uno de sus fines el de realizar la cooperación internacional en la solución de problemas de distinta índole y en el desarrollo y estímulo de los derechos humanos y las libertades fundamentales “sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. Lo cierto es que, en los albores de la construcción de un derecho internacional de la igualdad, nuevamente aparece omitida la referencia a la discapacidad como circunstancia específicamente señalada en las prohibiciones de discriminación, algo que tendrá apreciables consecuencias en el desarrollo de normativas concretas, en las que será muy evidente la mayor presencia de la protección de las causas de discriminación expresamente citadas en el texto fundacional de la ONU, y muy especialmente las relativas a la protección de la igualdad entre hombres y mujeres<sup>87</sup>.

Desde el punto de vista de la igualdad como principio universal, el primer gran texto que surgirá de Naciones Unidas será la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, en cuyo preámbulo ya se realiza expresa mención de este principio, reconociendo la dignidad intrínseca y los derechos “iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” como base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo<sup>88</sup>. En el articulado, desde que el primero de sus preceptos asevera que todos los seres humanos nacen

---

<sup>86</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., FIGUERUELO BURRIEZA, A., NUÑO GÓMEZ, L. (Directores) y CANCIO ÁLVAREZ, M. (Coordinadora): *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*, op. cit., pág. 325.

<sup>87</sup> Eleanor Roosevelt, esposa del que fuera presidente de los Estados Unidos Franklin Delano Roosevelt y delegada de Estados Unidos en la ONU, leyó una carta abierta a todas las mujeres del mundo firmada por las 17 mujeres que formaban parte de las delegaciones de la Asamblea General, en febrero de 1946, pocos meses después de la aprobación de la Carta de San Francisco, en la que se requiere a todas las mujeres del mundo para que luchen por conseguir como objetivo mundial la plena participación en la vida y responsabilidades de sus propios países. En ese mismo mes de febrero de 1946 se creará una Subcomisión sobre la situación de las mujeres dentro de la Comisión de Derechos Humanos, cuyo primer fruto, al que seguirían muchos otros, apareció el diciembre de ese mismo año en forma de Resolución número 46, en la que se solicita a los Estados miembros la garantía del cumplimiento de la Carta en lo relativo a los derechos políticos de las mujeres en los mismos términos que para los hombres.

<sup>88</sup> Incluso en el preámbulo de la Declaración es visible la prevalencia de la protección de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, que aparece expresamente citada. No ocurre lo mismo con la discapacidad, aunque lo cierto es que tampoco se citan en el preámbulo otras causas de discriminación.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

libres e iguales en dignidad y derechos, la Declaración refuerza la protección de la igualdad como valor superior, y proclama de manera explícita lo que hemos denominado principio de igualdad formal, al establecer en su artículo 7 que todos “son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley”<sup>89</sup>; en el mismo precepto se establece la igual protección de todos frente a la discriminación y frente a la provocación de esa discriminación. Pero lo cierto es que no hay ni una sola referencia expresa a la discapacidad como circunstancia generadora de discriminación y, consecuentemente, especialmente relevante desde el punto de vista de la aplicación del principio de igualdad; de hecho, no se contiene mención alguna en todo el texto de la Declaración a la discapacidad, lo que explica que, a diferencia de lo que ocurrirá con la protección de la igualdad entre mujeres y hombres, la producción normativa de la ONU en relación con la igualdad de derechos de las personas con discapacidad fuera inicialmente escasa. Tanto es así que hasta la década de los años 70 no encontraremos textos de la Organización expresamente dedicados a este colectivo, con la aparición de la Declaración de Derechos del Retrasado Mental y la Declaración de Derechos de los Impedidos<sup>90</sup>, en las que expresamente se declara la necesaria igualdad de derechos para estas personas.

A partir de estos primeros intentos de tratar de modo específico el complejo asunto de la garantía del trato igual a las personas con discapacidad en el mundo, y en el marco de una permanente invocación de ese principio y de la prohibición de todas las formas de discriminación<sup>91</sup>, la ONU mantendrá una línea de acción

---

<sup>89</sup> Este principio de igualdad formal se refuerza en el artículo 10 de la Declaración, que establece que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Los artículos 21, 23 y 26 realizan concretas invocaciones a este principio en relación con el acceso a las funciones públicas, el salario y el acceso a la formación superior, respectivamente.

<sup>90</sup> Resoluciones 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971 y 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975, ambas de la Asamblea General de la ONU.

<sup>91</sup> La prohibición de la discriminación realizada de modo genérico o vinculada a otros colectivos distintos a los de las personas con discapacidad ha sido una constante en la actividad de la ONU. Sirvan como ejemplos, entre otros, las siguientes normas: Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1963. Resolución 1904 (XVIII); Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 (adhesión de España de 23 de abril de 1969, BOE número 118 de 17/5/1969); Pacto Internacional de Derechos Económicos,

claramente marcada por la evolución hacia una concepción más social del problema, pasando de una aproximación puramente médica del mismo a la realización de la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en todas las esferas de la interacción humana<sup>92</sup>. Así, se llega a establecer un principio de “participación e igualdad plenas” en la Resolución de la Asamblea General 31/123, de 16 de diciembre de 1976, que proclama 1981 Año Internacional de los Impedidos<sup>93</sup>, que finalmente se transformaría en Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos, comprendiendo el periodo 1983-1992. La citada evolución en la construcción de una normativa progresista y de marcado carácter social en la protección de la igualdad de trato para las personas con discapacidad, en la que además de los clásicos objetivos de prevención y rehabilitación se incluirá el de la equiparación de oportunidades<sup>94</sup>, llevará a la aprobación, mediante Resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General, de las Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, una de cuyas finalidades básicas es la reclamación a los Estados para que se eliminen todos los obstáculos que impiden la igualdad de participación de todas las personas con discapacidad<sup>95</sup>,

---

Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 13 de abril de 1977, BOE número 103 de 30/04/1977); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 13/04/1977, BOE número 103 de 30/04/1977); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de Diciembre de 1979 (ratificada por España el 16 de diciembre de 1983, BOE número 69 de 21/3/1984); Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981, Resolución 36/55; Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/64 G, de 10 de diciembre de 1985; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

<sup>92</sup> DE LORENZO, R.: «Los contornos del derecho de la discapacidad», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad...*, op. cit., pág. 66.

<sup>93</sup> Lo cierto es que tal proclamación tendrá un efecto positivo en la intensificación de la acción de la ONU en esta materia, destacando la aprobación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos mediante Resolución 37/52, de 3 de diciembre de 1982, de la Asamblea General, en la que se fija como uno de los objetivos clave la equiparación de oportunidades de las personas con discapacidad.

<sup>94</sup> QUINN, G. y DEGENER, T. (Ed.): *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability*, Nueva York y Ginebra, Office of the United Nations Commissioner for Human Rights, Naciones Unidas, 2002, pág. 1.

<sup>95</sup> Naturalmente, ello exige la “igualdad de oportunidades para obtener un empleo productivo y remunerado en el mercado de trabajo”, tal como establece el artículo 7 de las Normas Uniformes.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

estableciendo que se deben adoptar medidas para hacer que la sociedad tome mayor conciencia de las personas con discapacidad, sus derechos, sus necesidades, sus posibilidades y su contribución.

Tras el cambio de siglo, las más recientes aportaciones de la ONU a la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad seguirán la línea apuntada por las Normas Uniformes, llevando a la creación en 2001 de un Comité especial que examinará propuestas para la elaboración de una Convención específica en esta materia. Tras años de intensos trabajos de este Comité, la Asamblea General aprobó el 13 de diciembre de 2006, mediante Resolución 61/106, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que entró en vigor el día 3 de mayo de 2008, después de que hubieran transcurrido 30 días desde la vigésima ratificación<sup>96</sup>, y que es el primer tratado de carácter universal dedicado íntegramente a los derechos de las personas con discapacidad<sup>97</sup> y constituye el nuevo marco de referencia para toda la legislación nacional relativa a estas personas<sup>98</sup>. Entre los principios que establece la Convención están, como no podía ser de otro modo, el de no discriminación y el de igualdad de oportunidades<sup>99</sup>, para cuyo efectiva implantación los Estados deben llevar a cabo las modificaciones legislativas, acciones y medidas que resulten necesarias. La Convención, que contiene en su

---

<sup>96</sup> España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 3 de diciembre de 2007 (BOE de 21 de abril de 2008). En el BOE de 2 de agosto de 2011 se publica la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; esta Ley entró en vigor el día 3 de agosto de ese mismo año y supone la modificación de un importante número de normas internas españolas.

<sup>97</sup> COURTIS, C.: «Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas», en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. (DIRECTORES): *Tratado sobre discapacidad*, op. cit., pág. 281.

<sup>98</sup> MONZÓN, P., TRÖMEL, S y SOTO RUÍZ, J.: «El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad», en MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J. (Coordinador): *El empleo público y las personas con discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca, 2009, pág. 409.

<sup>99</sup> En el Preámbulo de la Convención, los Estados Partes declaran expresamente estar convencidos de que “una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad contribuirá significativamente a paliar la profunda desventaja social de las personas con discapacidad y promoverá su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados”.



artículo 2 una definición de la discriminación por razón de discapacidad<sup>100</sup>, concreta el principio de igualdad formal en su artículo 5<sup>101</sup>, estableciendo también la prohibición de discriminación y la garantía de protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo, lo que incluirá la adopción de todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables y las de acción positiva necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad. Aunque sea de modo breve en este apartado, y sin perjuicio del interés que en sucesivos capítulos pueda tener el tema, es oportuno mencionar el énfasis que la Convención, en su artículo 27, pone en establecer que la integración laboral de las personas con discapacidad debe realizarse en el mercado de trabajo ordinario, no existiendo referencia alguna al empleo protegido<sup>102</sup>.

### 1.3.2 Derecho comunitario

En la Unión Europea es especialmente apreciable la evolución de las políticas de integración social de las personas con discapacidad, que con carácter general trataremos en el capítulo siguiente de esta obra, desde un enfoque asistencial o individual hacia un modelo social de discapacidad, basado en el reconocimiento de la igualdad de oportunidades en el empleo y en todos los ámbitos de la vida social<sup>103</sup>. Por otra parte, esa evolución va acompañada de un creciente interés comunitario por las cuestiones relacionadas con la discapacidad, muy especialmente a partir de la aprobación del Tratado de Ámsterdam de 1997<sup>104</sup>, por el que se modifican el tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos

---

<sup>100</sup> “Por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

<sup>101</sup> Apartado primero del artículo 5: “Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna”.

<sup>102</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 28.

<sup>103</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: «El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades», *Temas Laborales*, nº 59, 2001, pág. 166.

<sup>104</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 36.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, en vigor desde 1 de enero de 1999. Así, mientras que en el origen de estas políticas comunitarias se pone la atención en la rehabilitación y educación de la persona con discapacidad para conseguir su integración en la sociedad, las políticas sociales se mueven en el ámbito de la eliminación de las barreras que impiden a esas personas su plena integración social<sup>105</sup>.

A pesar de la relevancia del Tratado de Ámsterdam en esta materia, considerado el despegue de la Unión Europea en lo social<sup>106</sup>, y del impulso que supuso para las políticas comunitarias relacionadas con la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, lo cierto es que la acción de la Unión Europea en el ámbito de la igualdad es muy anterior al mencionado Tratado. No obstante, las referencias a la igualdad en el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Unión, no tienen el enfoque social que se aprecia actualmente en la normativa comunitaria, hasta el punto de que en el artículo 2, al definir las finalidades de la entonces denominada “Comunidad Económica Europea”, se aprecia la primacía de los aspectos económicos de esta Unión, y no se hace mención alguna a la igualdad<sup>107</sup>, omisión que se corregirá posteriormente para incluir una referencia directa, si bien parcial, a “la igualdad entre el hombre y la mujer” entre los fines de la Unión, insistiendo en este aspecto en su artículo 3, al establecer que “la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”. A lo largo del articulado de este Tratado Constitutivo no dejará de estar presente la inspiración liberal que ya se aprecia en sus primeras páginas, de modo que las referencias a la igualdad han sido, normalmente, incorporaciones de posteriores modificaciones del

---

<sup>105</sup> MUÑOZ RUÍZ, A.: «El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores», *Temas Laborales*, nº 101, 2009, págs. 322 a 323.

<sup>106</sup> GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.: «Empleo: las nuevas disposiciones del tratado de Ámsterdam», en GONZÁLEZ NEVADO, G. y PÉREZ BUENO, L. (Ed.): *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Escuela Libre Editorial-Fundación ONCE, 1998, pág. 52.

<sup>107</sup> El artículo 2 del Tratado Constitutivo, en su redacción original, decía lo siguiente: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran”.

Tratado, sin que haya sido posible encontrar menciones expresas a la discapacidad en esta materia<sup>108</sup>.

Tras el escaso interés que la primera norma comunitaria muestra por el principio de igualdad, omisión que será una constante en la normativa que sucedió inmediatamente al Tratado de Roma<sup>109</sup>, en el Derecho comunitario europeo aparecerán las primeras directivas en esta materia en la década de los setenta, todas ellas referidas al ámbito laboral y en relación con la igualdad de trato entre mujeres y hombres<sup>110</sup>, recogiendo por primera vez la prohibición de discriminación directa en la Directiva del Consejo 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976<sup>111</sup>. En esa misma época aparecen las primeras Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>112</sup> en las que se analiza la cuestión de la igualdad como diferenciación negativa, es decir, como no discriminación<sup>113</sup>, sobre la construcción del concepto de discriminación indirecta por razón de sexo que ha sido elaborado por la jurisprudencia comunitaria<sup>114</sup> con ocasión del enjuiciamiento de determinados supuestos de trabajo a tiempo parcial a la luz de la prohibición de discriminación por razón de sexo recogida en el art. 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea<sup>115</sup> y en las Directivas comunitarias de desarrollo.

---

<sup>108</sup> De hecho, se hacen referencias a la igualdad en ámbitos tan peculiares como la agricultura o el mercado laboral; en este último caso, además, centradas nuevamente de manera exclusiva al sexo, y orientadas básicamente a cuestiones retributivas. Lo mismo sucederá con la Directiva 75/117/CEE, primera en materia de igualdad, que circunscribe su ámbito a la equiparación salarial de mujeres y hombres.

<sup>109</sup> En la Carta Social Europea de 1961 sigue ausente la dimensión social de la discapacidad relacionada con la igualdad de oportunidades, y las referencias se limitan a readaptaciones profesionales, con una visión claramente asistencialista.

<sup>110</sup> ALARCÓN CARACUEL, M: «El principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea», en CRUZ VILLALÓN, J. (Coordinador): *La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1997, págs. 19 y siguientes.

<sup>111</sup> Más adelante, la Directiva, también del Consejo, 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997 incorporaría en esta materia importantes novedades en materia de carga de la prueba, y la referencia expresa a la discriminación indirecta, al señalar en su artículo 1.1 lo siguiente: “se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente”.

<sup>112</sup> Denominación del actual TJUE hasta el día 1 de diciembre de 2009, fecha de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

<sup>113</sup> También hay decisiones del TJUE, como la del caso Kalanke, de 1995, en relación con la diferenciación positiva, que tendremos ocasión de tratar más adelante.

<sup>114</sup> Entre otras, SSTJUE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötzel; o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez.

<sup>115</sup> Actual art. 141 del Tratado de la Comunidad Europea.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

En este sentido, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, “aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”<sup>116</sup>. Especialmente relevante es, en esta materia, la Sentencia de 15 de junio de 1978 sobre el caso Defrenne, en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que, a pesar de que el entonces denominado Tratado de la Comunidad Económica Europea presentaba una laguna en su artículo 119 al no formular con carácter general un principio de no discriminación por razón de sexo, rige un principio general de igualdad de trato entre hombres y mujeres en todo el ámbito de aplicación de los tratados, al que reconoce plena eficacia<sup>117</sup>, paso que se completaría con el reconocimiento de que la ausencia de toda discriminación directa o indirecta que tuviera su fundamento en el sexo constituye un verdadero derecho fundamental<sup>118</sup> garantizado por el propio TJUE en virtud de lo establecido en el artículo 164 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, entonces vigente.

Si bien es cierto que durante algún tiempo, el principal objetivo comunitario en esta materia fue desterrar de Europa la discriminación por razón de nacionalidad y de sexo, poco a poco se fueron poniendo de manifiesto en los Estados miembros otro tipo de discriminaciones, y, por ende, reivindicaciones de los grupos sociales que las sufrían<sup>119</sup>, constatándose que estos colectivos de excluidos, entre los que están las personas con discapacidad, son cada vez más cuantiosos en el conjunto de la Unión Europea, consecuencia lógica, pero no inevitable, de la tendencia creciente a la fragmentación de nuestras sociedades<sup>120</sup>. Por otra parte, la normativa comunitaria posterior ha ido avanzando en la construcción de un

---

<sup>116</sup> STJUE 3/2007, de 15 de enero de 2007.

<sup>117</sup> Sentencia TJUE Defrenne II, de 8 de abril de 1976.

<sup>118</sup> Sentencia TJUE Defrenne III, de 15 de julio de 1978.

<sup>119</sup> ALVENTOSA DEL RIO, J.: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, pág. 20.

<sup>120</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*, Madrid, Cinca, 2008, pág. 67.

modelo social de la discapacidad sustentado sobre el principio de igualdad de oportunidades y la no discriminación, reconociendo derechos subjetivos y promulgando un amplio número de programas y políticas dirigidos a eliminar las barreras a la participación de las personas con discapacidad<sup>121</sup>. No obstante, esa evolución ha sido lenta y, en muchas ocasiones oscilante. Así, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores, aprobada por el Consejo de Estrasburgo de 1989, no pasó de ser en esta materia una proclamación política solemne que tuvo escaso eco<sup>122</sup>. La consolidación de estos principios en el Derecho comunitario no recibirá el máximo reconocimiento normativo hasta la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tuvo efecto en Niza el día 7 de diciembre de 2000<sup>123</sup> y que, sentando las bases sobre las que cimentar una sociedad igualitaria más justa<sup>124</sup>, incorpora de manera decidida el principio de igualdad formal, la lucha contra la discriminación y la diferenciación positiva en la consecución del fin de que las personas con discapacidad se integren social y profesionalmente<sup>125</sup>.

Posteriormente, esta línea se consolidará en el Tratado de Ámsterdam de 1997, al que ya hemos hecho referencia y que incorpora en su integridad el Protocolo Social de Maastricht de 1992. En este Tratado se fijará por primera vez como uno de los objetivos de la Unión Europea el alto nivel de empleo, y se incluye un artículo específico sobre la no discriminación, que se constituye así también en un principio y en un objetivo de la propia Unión<sup>126</sup>, con expresa referencia a la

---

<sup>121</sup> BIEL PORTERO, I. y REY ANEIROS, A.: «La política social de la Unión Europea como única vía para la protección de los derechos de las personas dependientes: ¿una etapa superada?» en FERNÁNDEZ LIESA, C. (Ed.): *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, Colección Monografías Nro. 53, 2007, pág. 185.

<sup>122</sup> DE LORENZO, R.: «Los contornos del Derecho de la Discapacidad», en *Hacia un Derecho de la Discapacidad* (PÉREZ BUENO, L., Director), op. cit., págs. 83 a 84.

<sup>123</sup> El Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 modifica el artículo 6.1. del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, otorgando a la Carta el mismo valor jurídico que a los Tratados.

<sup>124</sup> CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: «La igualdad de oportunidades en la negociación colectiva. Un antes y un después tras la reforma laboral de 2012», Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, 2013, Vol. 1, pág. 184.

<sup>125</sup> El artículo 21 de la Carta prohíbe la discriminación por diversas circunstancias, entre las que está la discapacidad.

<sup>126</sup> Artículo 13 (antiguo artículo 6A): «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, 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».

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

discapacidad como una de las circunstancias merecedoras de atención en este ámbito, lo que puede significar un impulso en la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad<sup>127</sup>. De este modo, podemos afirmar que desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam la Unión Europea cuenta con una base jurídica de lucha contra las principales discriminaciones y competencia para adoptar medidas y acciones que las corrijan<sup>128</sup>.

Sobre la base establecida por el Tratado de Ámsterdam, que a su vez es la culminación de la estrategia comunitaria vinculada a un modelo social de discapacidad<sup>129</sup>, el Derecho comunitario ha venido generando numerosas aportaciones a la lucha contra la discriminación, desde un nuevo enfoque social que supera las viejas políticas rehabilitadoras en el ámbito de la discapacidad<sup>130</sup> que estaba presente en numerosas acciones comunitarias, especialmente en la década de los ochenta, entre las que destacan la Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1981 sobre la integración social de las personas con discapacidad, y la Recomendación del Consejo de 24 de junio de 1986 sobre empleo de las personas con discapacidad en la Comunidad<sup>131</sup>. En ésta última ya se puede apreciar, no obstante, una evolución en el modelo de las políticas comunitarias al promover medidas que garanticen el principio de igualdad de trato en el acceso al empleo de las personas con discapacidad, eliminando las discriminaciones y, en lo que supone un cambio conceptual relevante, adoptando

---

<sup>127</sup> SÁNCHEZ-CERVERA SERNA, J. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.: *Los trabajadores discapacitados*, Valencia, CISS, 2000, págs. 28 a 30.

<sup>128</sup> DE LORENZO, R.: «Los contornos del Derecho de la Discapacidad», en *Hacia un Derecho de la Discapacidad* (PÉREZ BUENO, L., Director), op. cit., pág. 86.

<sup>129</sup> Apreciable en la Comunicación de la Comisión de 30 de julio de 1996 sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, en la Resolución del Consejo de 20 de diciembre de 1996, y en las Resoluciones del Parlamento Europeo de 13 de diciembre de 1996, sobre los derechos de las personas con discapacidad, y de 11 de abril de 1997, sobre igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

<sup>130</sup> La primera acción europea relacionada directamente con la discapacidad es la Resolución del Consejo de 27 de junio de 1974, que contiene el primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de las personas con discapacidad y cuya finalidad es la consecución del objetivo, establecido en la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, del pleno y mejor empleo.

<sup>131</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Derecho al Trabajo de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 13. El autor destaca de esta Recomendación su atinada aproximación a la problemática del empleo de las personas con discapacidad, y muy especialmente las referencias a favor de impulsar experiencias de transición gradual hacia el mercado ordinario de trabajo.

medidas de acción positiva<sup>132</sup>. En este sentido, y aunque nuevamente se aprecia una primacía de las normas comunitarias relacionadas con la igualdad entre mujeres y hombres, lo cierto es que del impulso de las políticas comunitarias contra la discriminación se ha beneficiado notablemente la discapacidad, como lo prueba el apreciable número de acciones comunitarias en este ámbito a partir de este momento.

La primera de estas acciones es una Comunicación de la Comisión<sup>133</sup> sobre ciertas medidas comunitarias para combatir la discriminación, que dará lugar a dos Directivas para la lucha contra la discriminación en el empleo, una de ella centrada en el sexo y el origen racial o étnico<sup>134</sup> y la otra en las restantes causas de discriminación incluidas en el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam, entre las que está la discapacidad. Ésta última es 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 es el punto de partida para la adopción de numerosas medidas destinadas a combatir la discriminación y a garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el ámbito de la Unión Europea<sup>135</sup>, de entre las que se pueden destacar la iniciativa comunitaria EQUAL 2000-2006<sup>136</sup>, la Decisión del Consejo de 3 de diciembre de 2001 para declarar el año 2003 como “Año Europeo de las personas con discapacidad”, la Resolución del Consejo de 15 de julio de 2003 relativa a la promoción del empleo y la integración social de las personas con discapacidad, el Plan de acción para las personas con discapacidad de 2003<sup>137</sup>, y la Decisión nº 771/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2006

---

<sup>132</sup> Esta línea continuará en el Segundo Programa de Acción de la Comunidad a favor de las personas con discapacidad 1988-1991, denominado HELIOS, que fue sucedido por el Tercer Programa (HELIOS II), aprobado por la Decisión del Consejo de 25 de febrero de 1993. También la iniciativa comunitaria HORIZON, aprobada por la Comisión en 1990 y prorrogada en 1994, favoreció el acceso al empleo de las personas con discapacidad mediante la implantación de subvenciones para medidas innovadoras en este ámbito.

<sup>133</sup> Diario Oficial nº C369, de 21 de diciembre de 1999.

<sup>134</sup> Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico.

<sup>135</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 73.

<sup>136</sup> Comunicaciones de la Comisión de 14 de abril de 2000 y de 30 de diciembre de 2003, C (2000) 853 y COM (2003) 840, respectivamente.

<sup>137</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 30 de octubre de 2003, COM (2003) 650 final.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

declarando 2007 como “Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para todos”.

Así pues, podemos concluir que la acción normativa de la Unión Europea ha evolucionado en el sentido de implantar la igualdad de oportunidades como un objetivo específico, desde el planteamiento general de la lucha contra las discriminaciones. En este sentido, y quizá como un tributo a sus propios orígenes, el reconocimiento de la igualdad como principio, como valor y como derecho en el ámbito comunitario sigue manteniendo un referente prioritario al ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres. Tanto es así que, en algunas normas de carácter general se realizan precisas referencias a la lucha contra la discriminación y a favor de la igualdad de oportunidades para todos, pero sin resistir la tentación de enfatizar las referencias a las desigualdades por razón de sexo. Así sucede, por ejemplo, con la normativa reguladora del Fondo Social Europeo 2007-2013<sup>138</sup>, en la que se prioriza el incremento de la participación de las personas económicamente inactivas en el mercado de trabajo y la lucha contra la exclusión social de ciertos grupos desfavorecidos, con expresa mención de las personas con discapacidades; impecable formulación en la que, no obstante y sorprendentemente, no aparece por ningún lado la expresión “igualdad”, que sin embargo se reserva a continuación para establecer como otro de los objetivos del Fondo el fomento “de la igualdad entre mujeres y hombres”<sup>139</sup>, como precedente del último de los objetivos propuestos, que no es otro que el fomento de “la no discriminación”<sup>140</sup>.

Lo cierto es que, en el punto en que la normativa comunitaria se halla y que es fruto, como se ha podido comprobar, de años de evolución hacia concepciones sociales del principio de igualdad que han favorecido el reconocimiento del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, éste y no otro debe ser el argumento básico de las políticas comunitarias de acción positiva. Por ello, sería recomendable que preceptos como el analizado, y muchos

---

<sup>138</sup> Reglamento (CE) N° 1081/2006, del Consejo, de 5 de julio de 2006.

<sup>139</sup> Artículo 2.2. del mencionado Reglamento 1081/2006.

<sup>140</sup> Debe entenderse en sentido general, no referida únicamente a las situaciones entre mujeres y hombres, aunque la redacción del precepto genera una innecesaria ambigüedad.



otros que hacen referencia a los objetivos de la propia Unión Europea, establecieran sin ambages que uno de ellos es el fomento de la igualdad entre las personas con discapacidad y quienes no presentan tal condición; en este sentido, se confunde con frecuencia el objetivo con los medios para hacerlo efectivo o con las consecuencias de su consecución efectiva, de modo que el incremento de la participación en el mercado de trabajo y la lucha contra la exclusión no son sino mecanismos para lograr el objetivo máximo de la igualdad efectiva, a la vez que consecuencias lógicas de ese logro. Si un objetivo es el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres otro no menos importante debe ser el de la igualdad entre quienes presentan discapacidad y quienes no la tienen, que es lo que en definitiva justifica las medidas de acción positiva que en ocasiones aparecen como si fueran fines y no medios, premisas y no consecuencias. La normalización de la participación de las personas con discapacidad en los distintos ámbitos sociales no es una finalidad específica, sino una condición para lograr la igualdad efectiva de todas las personas que forman parte de la sociedad y éste y no otro debe ser el objetivo de las políticas comunitarias, porque es justo y coherente con los principios de un Estado social.

Para finalizar este breve recorrido por la evolución de la normativa comunitaria en materia de igualdad, hay que señalar que el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007<sup>141</sup>, modifica los dos principales Tratados comunitarios, el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que pasa a llamarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y cuyo artículo 10 establece que la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Una de las principales modificaciones en la materia que nos ocupa se ha producido en este último Tratado, cuyo artículo 19<sup>142</sup> establece que el Consejo, por unanimidad, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo<sup>143</sup>, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por los motivos indicados anteriormente. Pero

---

<sup>141</sup> Entró en vigor el día 1 de enero de 2009.

<sup>142</sup> Antiguo artículo 13.

<sup>143</sup> En este punto reside la novedad, puesto que anteriormente el Parlamento debía ser únicamente consultado.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

también en la vigente versión de estas normas fundamentales de la Unión Europea se puede reproducir la censura que manifestábamos en el párrafo precedente, puesto que en el vigente Tratado de Funcionamiento de la UE vuelve a reservarse la mención a la igualdad de oportunidades para las acciones en el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres<sup>144</sup> en el mercado laboral, y se reitera esta especificación al encomendar a las instituciones comunitarias la adopción “medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”<sup>145</sup>. Más allá de la impecable formulación de la lucha contra todo tipo de discriminación que aparece en ellas, conviene insistir en que parece razonable la invocación de los principios de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en las normas básicas de la Unión Europea, y por tanto cabrá esperar que en una ulterior modificación de las mismas así sea. Hay que reconocer, no obstante, que la actual situación de omisión no ha impedido que la producción normativa de menor rango venga apreciando sin titubeos tales principios<sup>146</sup>. En todo caso, esta circunstancia, más que apaciguar la reclamación de la presencia de los mismos en las normas fundamentales de la Unión, la debe reforzar<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> Artículo 153.1.i (antiguo artículo 137).

<sup>145</sup> Artículo 157.3 (antiguo artículo 141).

<sup>146</sup> Sirva como ejemplo la Comunicación, que se presentó acompañada de una propuesta de Directiva, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Consejo Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, de 2 de julio de 2008, cuyo título es suficientemente revelador de este espíritu: “No discriminación e igualdad de oportunidades: un compromiso renovado”. Tanto en la Comunicación como en la propuesta de Directiva se hace permanente referencia a la discapacidad como circunstancia que puede producir discriminaciones prohibidas. Especialmente afortunado resulta un párrafo de la Comunicación (apartado 2.2) que afirma que “el simple hecho de prohibir la discriminación no basta para garantizar una verdadera igualdad de las personas con discapacidad” para concluir con rotundidad que “la consecución de este objetivo pasa por la realización de acciones positivas, incluida la satisfacción de las necesidades de estas personas”. Así pues, la igualdad de trato reclama lucha contra la discriminación, pero la igualdad de oportunidades exige la aplicación de medidas de acción positiva que permitan la aplicación efectiva del principio de igualdad.

<sup>147</sup> Hay que tener en cuenta que, de los motivos de discriminación que se enuncian en el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la UE (sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual) únicamente dos de ellos han sido objeto de políticas comunitarias específicas: la Estrategia de la Unión Europea sobre Discapacidad, que se basa en el Plan de Acción en materia de Discapacidad para 2003-2010 -y más específicamente, en el Plan de Acción europeo 2008-2009- y el Plan de trabajo para la igualdad

## 1.4 Principio de igualdad, lucha contra la discriminación y discapacidad en el Derecho español

### 1.4.1 Igualdad y discapacidad en la normativa preconstitucional

En nuestra normativa interna es perfectamente apreciable el proceso evolutivo que en el marco internacional han presentado tanto la lucha contra la discriminación en aras de una efectiva presencia del principio de igualdad como la construcción de un Derecho de la discapacidad sobre la base de un modelo social compatible con la propia fundamentación constitucional del Estado. No obstante, y al igual que ocurrió en la mayoría de los países de nuestro entorno, no es éste el planteamiento de las primeras normas que contienen mecanismos de garantía de la igualdad y de lucha contra la discriminación en el Derecho español, puesto que esta producción normativa nace en pleno auge del liberalismo y las connotaciones sociales que hoy le son tan propias resultan en aquel momento prácticamente imperceptibles. Consecuencia directa de la aplicación de los postulados liberales será el desarrollo inicial de un concepto formal de igualdad como exigencia de la ley, muy vinculado al principio de legalidad y que olvida por completo la solidaridad, pero que será asumido posteriormente por el Estado social por ser funcional a sus propios fines<sup>148</sup>.

De este modo, y como ya hemos tenido ocasión de comentar al inicio del presente capítulo, el derecho a la igualdad se presentará en el Estado liberal a partir de los postulados de la Revolución Francesa de 1789 sobre la base del concepto formal de igualdad ante la ley, entendido como mecanismo de garantía de la legalidad y la racionalidad, y como fundamento de la objetividad que permitirá abolir los privilegios de los grupos sociales dominantes en el antiguo régimen, que suponían claros ejemplos de desigualdad y de ausencia de legalidad<sup>149</sup> y que en, en definitiva, sustentaban una estructura social estamental. Este pensamiento liberal inspirará al constitucionalismo español del Siglo XIX y al de principios del Siglo XX, y la marcada presencia del concepto formal de la igualdad será común en los

---

entre hombres y mujeres 2006-2010, que establece el marco de acción en materia de igualdad entre los sexos.

<sup>148</sup> BALAGUER CALLEJÓN, M.: *Igualdad y Constitución española*, op. cit., pág. 25.

<sup>149</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J.: «La igualdad jurídica como límite al legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, 1983, pág. 73.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

múltiples textos constitucionales que jalonan nuestra historia durante ese periodo, conectando de manera directa el principio de igualdad con el de generalidad de la ley, de modo que la ley es igual para todos porque es general y abstracta, y la aplicación de la ley es una exigencia del propio principio de igualdad<sup>150</sup>. En definitiva, este planteamiento liberal de la igualdad ante la ley, carente de toda perspectiva sociológica<sup>151</sup>, se plasma formalmente en la posibilidad que tiene una persona de oponerse al contenido de una norma que suponga diferenciaciones arbitrarias o irrazonables respecto de otro individuo que se halla en idénticas circunstancias.

En la Constitución española de 1812, en la que no aparece referencia directa alguna al principio de igualdad, establece como obligación de la Nación, en su artículo 4, la conservación y protección “por leyes sabias y justas” de la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de los ciudadanos. El sometimiento a la ley y a la autoridad se impone como una obligación de todos los españoles<sup>152</sup>, desde el principio liberal de la separación de poderes surgido de la Revolución Francesa. Como ya se ha señalado, la presencia de los valores propios del Estado liberal será una constante en todos los textos constitucionales del Siglo XIX en España, con tímidas referencias al principio de igualdad formal en distintos ámbitos<sup>153</sup>, pero reforzando los aspectos de la igualdad ante la ley como garantía de ausencia de arbitrariedad.

Sin duda alguna, la Constitución de 1931 supone un notable cambio en el constitucionalismo español en relación con el principio de igualdad, a pesar de que no se haga mención expresa del mismo en su artículo primero a la hora de establecer los valores básicos de la República, que se concretan en la Libertad y la Justicia. No obstante, inmediatamente –artículo 2- el texto constitucional

---

<sup>150</sup> RUBIO LLORENTE, F.: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», Revista Española de Derecho Constitucional, nº 31, 1991, pág. 20.

<sup>151</sup> Será el Estado social el que cuestionará la identidad entre igualdad y generalidad, introduciendo la justicia material como objetivo del Estado de derecho y, consecuentemente, justificando la necesidad de diferenciar para conseguir esa finalidad.

<sup>152</sup> Artículo 7 de la Constitución de 1812.

<sup>153</sup> La Constitución de 1837, de marcado carácter progresista en la época, establece la igualdad en el acceso a los cargos públicos. Las referencias directas al principio de igualdad en los textos constitucionales españoles del Siglo XIX son, no obstante, muy escasas.

republicano declarará por primera vez de manera inequívoca en una norma de tal rango, la igualdad ante la ley de todos los españoles, consagrando así, curiosamente, un principio de origen y elaboración marcadamente liberales en un momento de nuestra historia en el que, por vez primera se cuestionan abiertamente los valores esenciales del Estado liberal. Sin duda alguna, en esta materia, el hito más relevante de la Constitución de 1931 es el reconocimiento explícito de la igualdad entre sexos, tanto en relación con el matrimonio como en la consagración del sufragio universal, igual, directo y secreto<sup>154</sup>. Como cabía esperar, no hay referencia alguna al principio de igualdad en relación con la discapacidad, que hasta ese momento había sido vista únicamente desde una perspectiva asistencialista, en el marco del Derecho de la Seguridad Social<sup>155</sup>, y el legislador republicano se limita a hacer referencia en el artículo 46 a los derechos de los trabajadores a una existencia “digna” en distintas situaciones, entre las que se cita la invalidez.

Tras la traumática inflexión social que la guerra civil supone en nuestra historia reciente, y con la visión asistencialista propia del modelo médico de discapacidad imperante en la época no solamente en España, sino en la práctica totalidad de los Estados y Organizaciones productores de normas relacionadas con la discapacidad, las leyes y los reglamentos de la España preconstitucional –nos referimos, lógicamente, a estos efectos, a la vigente Constitución de 1978– centrarán su atención preferentemente en los mecanismos paliativos<sup>156</sup>, especialmente a través de la asistencia médica y los servicios sociales, y en las prestaciones económicas, con la limitación que supone que, en un sistema de protección social de carácter profesional, una gran parte de la población se ve apartada de esos mecanismos protectores por no ser trabajadores. Por otra parte, y como suele suceder en los periodos de postguerra, el legislador prestará especial atención a las situaciones de discapacidad derivadas de la confrontación

---

<sup>154</sup> Artículos 43 y 52, respectivamente, del texto constitucional republicano.

<sup>155</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: «La discapacidad en el Sistema español de Seguridad Social», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad...*, op. cit., pág. 729. La autora identifica el origen de la preocupación por las personas con discapacidad por el Derecho de la Seguridad Social con la publicación de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900.

<sup>156</sup> TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, Pamplona, Aranzadi, 2000, pág. 30.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

bélica, favoreciendo la situación de los mutilados de guerra en distintos ámbitos de la vida social<sup>157</sup>, de modo que la primera identificación de la intervención de los poderes públicos en materia de empleo de las personas con discapacidad estará relacionada, precisamente, con las consecuencias traumáticas de la Guerra Civil en España<sup>158</sup>.

No obstante, no se puede apreciar una relación directa entre lo que podríamos denominar la normativa sobre discapacidad de la época y el principio de igualdad. Piénsese, por otra parte, que tampoco este principio era uno de los fundamentos del Estado en la época franquista y, consecuentemente, su presencia explícita en las políticas legislativas resultaría, cuando menos, sorprendente. Ello no fue óbice para que, muy especialmente en entre 1950 y 1970, se publicara un notable número de normas relacionadas con la discapacidad, si bien todas con una base principalmente asistencialista, constituyendo las medidas propuestas por esa normativa una consecuencia de un modelo de discapacidad en el que los aspectos sociales, relacionados con la igualdad de oportunidades, están ausentes<sup>159</sup>. La superación de este modelo médico de discapacidad tendrá mucho que ver con la aparición del Estado social<sup>160</sup> a partir de la Constitución de 1978 y con el reconocimiento de derechos que ésta norma supone, muy especialmente en relación con el principio constitucional de igualdad en sus vertientes formal y material.

---

<sup>157</sup> Entre otras normas, Ley de 25 de agosto de 1939, sobre provisión de plazas de la Administración del Estado con mutilados, excombatientes y excautivos, y Orden de 24 de junio de 1946, sobre procedimientos de despido de Caballeros Mutilados.

<sup>158</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos a favor del empleo de las personas con discapacidad», Documentación Laboral, núm. 64, 2001, págs. 117 a 137.

<sup>159</sup> La mayoría de esas normas tenían relación con el empleo y la protección social de las personas con discapacidad. En este último ámbito destaca el primer texto articulado de la Ley española de Seguridad Social, aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, que contiene, además de medidas de empleo selectivo, prestaciones recuperadoras específicas para los inválidos permanentes. En el ámbito específico del empleo, destacan la Orden de 7 de noviembre de 1968, que creó los centros especiales de empleo protegido para trabajadores *minusválidos*, y el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores *minusválidos*.

<sup>160</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 51.

### 1.4.2 Igualdad y discapacidad tras la Constitución de 1978: LISMI, LIONDAU y TRLGD

A partir del análisis que se ha realizado al comienzo del presente capítulo sobre los aspectos constitucionales del principio de igualdad, podemos ahora plantearnos una primera aproximación al estudio de la normativa derivada de la Constitución de 1978, relacionada con dicho principio y desde la perspectiva de la discapacidad. En este sentido, al contenido de la Constitución referido al principio de igualdad hay que añadir ahora el relativo a la discapacidad, y muy concretamente su artículo 49<sup>161</sup>, que encomienda a los poderes públicos la realización de “una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los *disminuidos* físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Más allá de las limitaciones que la falta de eficacia inmediatamente directa, derivada de la ubicación constitucional del precepto, puede generar en el reconocimiento y en la efectividad de los derechos que del mismo se derivan<sup>162</sup>, lo cierto es que la cobertura constitucional de la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad no puede quedar circunscrita al artículo 49 de la CE, que no reconoce a los ciudadanos con discapacidad derechos exigibles ante los poderes públicos<sup>163</sup>, sino que se amplía y se potencia con base en los artículos 14, 9.2 y 10 de la propia Constitución<sup>164</sup>, llegando a señalar el Tribunal Constitucional que el artículo 49 no es sino la plasmación del mandato de igualdad material contenido en el artículo 9.2 de la CE respecto de las personas con

---

<sup>161</sup> Téngase en cuenta que, al no hallarse este artículo dentro de la Sección I del Capítulo II del Título I de la CE, sino dentro de los principios rectores de la política social y económica –Capítulo III- requerirá, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.3, una ley de desarrollo para que su contenido pueda ser invocado ante los Tribunales de Justicia, si bien dicho contenido tiene un evidente valor interpretativo de toda la normativa.

<sup>162</sup> VIDA SORIA, J.: «Artículo 49: protección de los *disminuidos* físicos» en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Director): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, op. cit., Tomo IV, pág. 360.

<sup>163</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Derecho al trabajo de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 11. El autor señala que el único deber de los poderes públicos será el de no contradecir las grandes líneas del precepto.

<sup>164</sup> DE LORENZO GARCÍA, R.: «Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado», en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. (DIRECTORES): *Tratado sobre discapacidad*, op. cit., pág. 534.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

discapacidad<sup>165</sup>. En este sentido, podemos considerar que es ese artículo 9.2, y no el 49, el verdadero fundamento constitucional de todas las políticas de igualdad, y del propio Derecho de la discapacidad, engarzando en él el principio de igualdad de oportunidades, en el marco del sistema constitucional de derechos fundamentales<sup>166</sup>.

A partir de este diseño constitucional de la defensa de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, que debemos entender globalmente integrado por la acción combinada de los preceptos constitucionales referidos anteriormente, los primeros desarrollos normativos tras la publicación de la CE en esta materia han venido a consagrar los fundamentos del viejo modelo médico de discapacidad, que por otra parte fue el innegable inspirador del propio artículo 49 CE<sup>167</sup>. De este modo, es muy apreciable en las primeras normas post-constitucionales la ausencia de referencias expresas a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, tanto en el ámbito del empleo<sup>168</sup> como en otros aspectos de la vida social.

Lo cierto es que la normativa posterior a la CE que contiene referencias a la igualdad, a la discapacidad y, en ocasiones, a ambas, es muy abundante. No ha habido un criterio único y uniforme a la hora de diseñar las políticas legislativas sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, de modo

---

<sup>165</sup> STC 269/1994, de 3 de octubre de 1994. En esta Sentencia, que entra a valorar el alcance constitucional de las medidas de reserva en el empleo público para las personas con discapacidad, se refiere la “estrecha conexión de estas medidas con el mandato contenido en el art. 9. 2 C.E., y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 C.E”, para concluir que “la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo 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”.

<sup>166</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, A.: «Los principios básicos del nuevo Derecho español de la discapacidad a la luz de la LIONDAU», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad...*, op. cit., págs. 249 a 251.

<sup>167</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 56.

<sup>168</sup> El artículo 38.2 de la Ley 51/1980, primera Ley de Empleo tras la publicación de la CE, define como principios básicos de la política de colocación “la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo, sin que pueda establecerse cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, sexo, religión, opinión política, afiliación sindical, ascendencia nacional u origen social”. No hay, pues, expresa referencia a la discapacidad.



que tan presente ha estado la transversalidad<sup>169</sup> como la especialidad<sup>170</sup>. No obstante, y por lo que al presente estudio interesa, nos centraremos en el análisis de las normas específicas en materia de discapacidad, intentando determinar la presencia en las mismas del principio de igualdad, su alcance y los efectos en la propia producción normativa, así como la relación entre dicho principio y los fines que se persiguen.

### A) Igualdad y discapacidad en la LISMI

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los *Minusválidos*<sup>171</sup>, claro exponente del triunfo de las tesis sistematizadoras y partidarias de una normativa específica en materia de discapacidad<sup>172</sup>, supuso en su momento un verdadero hito en la breve historia de la normativa española sobre discapacidad y ha constituido durante muchos años un referente extraordinariamente relevante en este ámbito, siendo considerada una norma pionera si tenemos en cuenta el momento histórico en que fue aprobada<sup>173</sup>. El camino abierto por la Constitución de 1978 hacia la formación de un ordenamiento jurídico en el que la igualdad se constituya en valor, principio y derecho subjetivo, presente en todos los ámbitos regulados, y siempre desde los dos puntos de vista establecidos constitucionalmente, el formal y el material, tendrá clara plasmación en la LISMI y

---

<sup>169</sup> La normativa laboral es un claro ejemplo de la presencia de esta opción, que pretende desarrollar políticas normativas que permitan apreciar la presencia del principio de igualdad en todas las normas relacionadas con el empleo de las personas con discapacidad y con el desarrollo de las relaciones laborales de esas personas.

<sup>170</sup> Quizá el ejemplo más notable y que más repercusión ha tenido desde los puntos de vista social y mediático sea la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres. Sin que en esta obra proceda el análisis preciso de esta norma, será muy apreciable la coincidencia en muchos aspectos relacionados con el principio de igualdad a la hora de analizar este principio en el ámbito de la discapacidad.

<sup>171</sup> Quizá convendría, reconociendo la dificultad que supone remover hábitos expresivos tan arraigados durante casi treinta años, y fuera del ámbito científico relacionado con la investigación histórica, exigir más rigor en el cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, y utilizar la denominación de “Ley de Integración Social de las Personas con Discapacidad”, ya que la mencionada disposición obliga a este cambio terminológico respecto de las referencias que “en los textos normativos se efectúan a *minusválidos*”, y no cabe duda de que el título de una Ley forma parte del texto de la misma. Otra cosa es que, por razones históricas y de arraigo en el uso, se pudiera mantener la referencia abreviada de esta norma derivada de su título original, es decir, LISMI.

<sup>172</sup> AZÚA BERRO, P.: «Evolución de la legislación española en materia de discapacidad en la etapa democrática», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad...*, op. cit., pág. 127.

<sup>173</sup> DE LORENZO GARCÍA, R.: *Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social*, Madrid, Alianza Editorial, 2007, pág. 235.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

en su desarrollo normativo, tanto a nivel estatal, en aquellos aspectos relacionados con el contenido del artículo 149 de la CE, como autonómico en los referidos al artículo 148.1.20 CE<sup>174</sup>. A pesar de carecer de exposición de motivos, la LISMI reflejaba desde sus primeros artículos la esencia misma del planteamiento constitucional señalado anteriormente, estableciendo como fundamento de sus principios inspiradores “los derechos que el artículo cuarenta y nueve de la Constitución reconoce, en razón a la dignidad<sup>175</sup> que les es propia, a los *disminuidos* en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los *disminuidos* profundos para la asistencia y tutela necesarias” (artículo 1).

No obstante esa invocación a los principios que se deducen del artículo 49 de la CE, lo cierto es que la referencia directa a la igualdad no era frecuente en la LISMI, que no formulaba la idea de igualdad de oportunidades como un título propio, como hubiera sido deseable<sup>176</sup>. Tanto es así que, en su redactado original, únicamente se hacía referencia a la igualdad en el artículo 38.3, que garantizaba la admisión de las personas con discapacidad en las pruebas selectivas para el acceso empleo público “en igualdad de condiciones con los demás aspirantes”; es apreciable, en este caso, la presencia del principio formal de igualdad de trato establecido en el artículo 14 de la CE, sin referencia expresa a la igualdad de oportunidades<sup>177</sup>. Estas llamativas ausencias en el texto legal se justifican en un

---

<sup>174</sup> DE LORENZO GARCÍA, R.: «Los contornos del derecho de la discapacidad», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad...*, op. cit., págs. 102 a 107.

<sup>175</sup> Clara referencia al contenido del artículo 10.1 CE, sobre el que hemos tenido de ocasión de tratar en este mismo capítulo.

<sup>176</sup> MARTÍNEZ RIVERO, A.: «El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico público», en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. (DIRECTORES): *Tratado sobre discapacidad*, op. cit., pág. 558.

<sup>177</sup> No existe, en todo el texto de la LISMI, ni una sola mención de este principio de igualdad material que se desprende del artículo 9.2 de la CE. No se comparte, en este sentido, el criterio de algunos autores de apreciar la presencia de la perspectiva de la igualdad de oportunidades en el artículo 38.3, puesto que se hace referencia en él a la igualdad en las condiciones, lo que no garantiza necesariamente iguales oportunidades a todos, sino trato igual. Como ejemplo de la postura doctrinal de la que se discrepa, CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 57. La autora aprecia también la perspectiva de la igualdad de oportunidades en el artículo 38.2, que considera “nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales de las Empresas que supongan en contra de las personas con discapacidad discriminaciones en el empleo, en materia de retribuciones, jornadas y demás condiciones de trabajo”. También en este caso nos inclinamos por entender que, en realidad, se trata de una

planteamiento todavía anclado en el modelo médico de discapacidad, que aparece claramente recogido en el artículo 3 al señalar que es obligación del Estado, respecto de las personas con discapacidad, “la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos, jurídicos sociales mínimos y la Seguridad Social”. Ciertamente, faltaba una visión social de la cuestión que pudiera vincularla a la igualdad de oportunidades y a la acción positiva, y que permitiera hacer efectivo el principio constitucional de igualdad en toda su dimensión. No obstante, y a pesar de que la mayoría de las líneas básicas diseñadas en la LISMI tenían estrecha relación con el viejo modelo médico, como sucede con la prevención, el diagnóstico y la valoración, la acción protectora, la rehabilitación, la integración laboral y los servicios sociales<sup>178</sup>, también estaban presentes otras en las que se ponía el foco de atención en la necesidad de que fuera la sociedad quien realizara los esfuerzos de adaptación para que las personas con discapacidad pudieran desarrollarse personal y socialmente en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos. Así sucede, por ejemplo, con las referencias a la eliminación de barreras arquitectónicas que aparecen en el artículo 38.4 y en la Sección Primera del Título IX. No obstante, aun en estos casos, cuesta ver el cambio de enfoque, puesto que este Título IX estaba dedicado a “Otros aspectos de la atención a los *minusválidos*”, dejando patente una visión asistencialista y un enfoque rehabilitador que impiden la formulación de la igualdad como un verdadero derecho subjetivo para las personas con discapacidad y el diseño de políticas legislativas basadas en la igualdad de oportunidades.

No obstante, la LISMI ha sufrido diversas modificaciones hasta la entrada en vigor del actual TRLGD, y en alguna de ellas es apreciable la evolución tanto en el modelo como en la perspectiva desde la que la norma afrontaba el principio constitucional de igualdad. Así sucede con los artículos 37 y 37 bis, cuyo redactado final fue introducido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de

---

plasmación de la igualdad de trato *ex* artículo 14 CE, y no de la igualdad de oportunidades que se deriva del artículo 9.2 de la CE.

<sup>178</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 57.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

medidas fiscales, administrativas y del orden social<sup>179</sup>, que adecuaba nuestra legislación a 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, con el que se pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual<sup>180</sup>. Esta norma permitió que se hicieran visibles en el texto de la norma las referencias directas a la igualdad de trato<sup>181</sup>, principio que incluso aparecía definido en la propia LISMI (artículo 37.2) como “la ausencia de toda discriminación directa e indirecta basada en la discapacidad”. Pero en el artículo 37.bis se dio un paso más en el camino hacia el pleno reconocimiento de la igualdad de oportunidades, ya que se decía que “para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad”, lo que suponía una clara referencia a la justificación de la inclusión de medidas de acción positiva, la más expeditiva de las cuales es, sin duda alguna, la obligación de reserva de empleo que establecía en el artículo 38.1 de la LISMI y que tendremos ocasión de analizar en profundidad en el último de los capítulos de esta obra. El propio artículo 37.bis, siguiendo la misma línea evolutiva apuntada anteriormente, introdujo la obligación de los empresarios de adaptar el puesto de trabajo y favorecer la accesibilidad a 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. Es evidente que la labor llevada a cabo por la jurisprudencia constitucional y por la doctrina en la delimitación conceptual del principio constitucional de igualdad y de sus vertientes

---

<sup>179</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y HIERRO HIERRO, F.: «Discapacidad, igualdad de trato y no discriminación. Breve análisis de la Directiva 1000/78/CE y de su trasposición a nuestro ordenamiento jurídico» en AA.VV.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación...*, op. cit., págs. 383 a 400.

<sup>180</sup> La misma Ley 62/2003 adecua la normativa española a la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

<sup>181</sup> Artículo 37.1: “Será finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores con discapacidad su integración, en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato...”.

formal y material tiene estrecha relación con el contenido de esta modificación de la LISMI, que abrió el camino hacia la asunción del modelo social de discapacidad que años después continuaría la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

### **B) Igualdad y discapacidad en la LIONDAU**

El momento en que se publica la LIONDAU no es casual, ya que 2003 había sido declarado Año Europeo de las Personas con Discapacidad<sup>182</sup>. Tampoco es casual que pocos días después de la publicación de la LIONDAU<sup>183</sup> se lleve a cabo en la ya citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la adecuación de la legislación española a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. Lo cierto es que, además de esta necesaria adaptación, en los años transcurridos desde la entrada en vigor de la LISMI se habían producido importantes cambios en la concepción del derecho de la discapacidad, especialmente en los marcos comunitario e internacional, que hacían necesaria la aprobación de una norma que apostara de manera decidida por la igualdad efectiva y por la lucha contra la discriminación en este ámbito, como una cuestión de derechos humanos y desde la asunción de un modelo social<sup>184</sup>.

La primera cuestión llamativa es que, considerando la proximidad de las materias, y muy especialmente la coincidencia temporal de ambas normas –LIONDAU y Ley 62/2003- no se decidiera realizar una única Ley para incorporar las modificaciones que se consideraban necesarias. De hecho, si ésta hubiera sido la opción, hubiera requerido una valoración de la necesidad de mantenimiento de la LISMI, cuya *vis atractiva* en el sector de la discapacidad probablemente pesó más que las razones técnicas y sistemáticas, que probablemente aconsejaban una normativa unificada. Así las cosas, el ámbito del empleo de las personas con discapacidad quedó fuera de la LIONDAU, repartido entre la normativa laboral y la

---

<sup>182</sup> Decisión 2001/903/CE del Consejo, de 3 de diciembre de 2001.

<sup>183</sup> BOE de 3 de diciembre de 2003.

<sup>184</sup> PALACIOS RIZZO, A.: «La progresiva recepción del modelo social de discapacidad en la legislación española», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad...*, op. cit., pág. 156.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

propia de la discapacidad, muy especialmente la LISMI y su normativa de desarrollo.

No obstante, el legislador pretendió minimizar el efecto dispensor de la decisión de mantener separadas ambas normativas y determinó en el artículo 3 de la LIONDAU que “la garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, en el ámbito del empleo y la ocupación, se regirá por lo establecido en esta Ley, que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación”<sup>185</sup>. En este sentido, hay diferentes posiciones doctrinales a la hora de determinar si esta supletoriedad era únicamente predicable respecto de las normas creadas *ex novo* por la Ley 62/2003<sup>186</sup>, o bien si también podía aplicarse a las normas preexistentes a ésta, como sería el caso del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo<sup>187</sup>. Sin desmerecer un ápice la impecable argumentación técnica de las primeras, y considerando la importancia de la aplicación transversal del contenido de la LIONDAU como garantía de la efectividad del derecho de las personas con discapacidad a disfrutar de las mismas oportunidades que los restantes ciudadanos en todos los ámbitos, incluido el del empleo, parece razonable sumarse a las posiciones que entienden que no se debería descartar su supletoriedad general.

La LIONDAU, a pesar de que llegó a ser calificada como norma de cabecera del Derecho de la discapacidad<sup>188</sup>, no sustituyó a la LISMI, y supuso un complemento

---

<sup>185</sup> Interesante opción terminológica la de calificar de “derecho” a la igualdad de oportunidades y de “principio” a la igualdad de trato. No obstante, no parece que altere la configuración de ambos como expresiones de las distintas vertientes del principio constitucional de igualdad.

<sup>186</sup> ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: «La tutela judicial de las personas con discapacidad», *Iuslabor*, nº 1/2006, pág. 6. El autor entiende que la LIONDAU es supletoria para las disposiciones generales contenidas en los arts. 27, 28, 34, 35, 36, 42 y 43 de la Ley 62/2003, pero no podría considerarse a la LIONDAU como supletoria de las distintas leyes que la Ley 62/2003 muy parcialmente en su articulado modifica.

<sup>187</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 58.

<sup>188</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, A.: «Los principios básicos del nuevo Derecho español de la discapacidad a la luz de la LIONDAU», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad...*, op. cit., pág. 247.

de ésta que garantizaba la necesaria igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad<sup>189</sup>. Se trataba de la primera norma española específicamente dedicada a regular, con carácter general<sup>190</sup>, la igualdad de oportunidades de este colectivo, a la vez que se constituyó en marco genérico de la lucha contra la discriminación e introdujo un principio general de accesibilidad universal. A los indudables efectos benéficos de esta opción de crear una norma específica, muy especialmente si consideramos que partíamos de la ausencia de una normativa general de este tipo, se oponían las dificultades que suponía aplicar normativas tan concretas como la LIONDAU o la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en los casos de discriminación múltiple, es decir, cuando una persona es discriminada -tratada de modo distinto y peor que otra- por diferentes factores, tales como la raza, el género, u otros, en diversos momentos. Este concepto, que ya estaba presente en la Estrategia Marco contra la Discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos<sup>191</sup>, y que ha sido reconocido expresamente en la Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia, celebrado en Durban (Sudáfrica) en 2001, debe ser considerado un principio de política social y un criterio de interpretación jurídica<sup>192</sup>, y a pesar de la facilidad de su comprensión, lo cierto es que su configuración jurídica no es sencilla, especialmente cuando, como en el caso que planteamos, se adoptaban normas específicas para combatir separadamente la discriminación de ciertos grupos de la población que la sufren de una manera más evidente.

La presencia de la discriminación múltiple, que puede ser interseccional o acumulativa, pero que en todo caso supone la conjunción de factores susceptibles de discriminación para generar desventajas en los ciudadanos que los presentan,

---

<sup>189</sup> MARTÍNEZ RIVERO, A.: «El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico público», en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. (DIRECTORES): *Tratado sobre discapacidad*, op. cit., pág. 559.

<sup>190</sup> Con las salvedades apuntadas en el párrafo anterior en relación con el alcance de su artículo 3. Téngase en cuenta, a este respecto, que la LIONDAU no deroga ni modifica ni un solo artículo de la LISMI.

<sup>191</sup> Resolución del Parlamento Europeo 2005/2191(INI). El Parlamento pide a la Comisión que, con ocasión de una próxima reforma de la legislación contra la discriminación, examine muy especialmente la problemática de las discriminaciones múltiples.

<sup>192</sup> REY MARTÍNEZ, F.: «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 28, Nº 84/2008, pág. 266.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

ha puesto de manifiesto la imposibilidad de poner freno a estas conductas mediante un derecho antidiscriminatorio que tan sólo contempla comportamientos diferenciadores motivados por un único factor<sup>193</sup>. El proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, impulsado desde el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad en la segunda legislatura del Gobierno presidido por José Luís Rodríguez Zapatero, pretendía sin duda paliar las perniciosas consecuencias que una normativa específica tan fragmentada pudiera tener en la eficacia de la lucha contra todo tipo de discriminación, introduciendo como conceptos novedosos en este ámbito los de discriminación múltiple y discriminación por asociación. No obstante, la legislatura finalizó sin que el proyecto se convirtiera en norma<sup>194</sup>, y sin continuidad en el siguiente periodo legislativo.

Lo cierto es que, sin obviar los inconvenientes que supone esta forma de legislar, la LIONDAU representó un notable avance en el ámbito de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y vino a materializar la fase final de la evolución desde un modelo típicamente médico hacia otro social de la discapacidad, en el que el acento adaptativo se pone en la sociedad y no en la persona. En su exposición de motivos se hacía referencia a los artículos 9.2, 10 y 14 de la CE -ampliamente comentados en apartados anteriores de este capítulo- y, como no podía ser de otro modo, al artículo 49. En este caso, la presencia del derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades se apreciaba manifiestamente, sin necesidad de deducirlo de otros reconocimientos explícitos, de modo que en la LIONDAU, sobre los principios de vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, se fijaba el objetivo de “establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la

---

<sup>193</sup> AGUILERA RULL, A.: «El Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación», INDRET, Revista para el análisis del Derecho, núm. 3/2011, págs. 4 a 5.

<sup>194</sup> El proyecto de ley contenía numerosas referencias a la discriminación múltiple, llegando incluso a dedicar un artículo, el 7, a definirla del siguiente modo: “Se produce discriminación múltiple cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley, generando una forma específica de discriminación”. Se decía, además, que en los supuestos de discriminación múltiple, la justificación de la diferencia de trato debe darse en relación con cada una de sus causas, y que en estos casos las medidas de acción positiva deben atender a la concurrencia de esas diferentes causas de discriminación.



igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”. A continuación la norma definía la igualdad de oportunidades como “la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”, y consideraba que también constituye igualdad de oportunidades “la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”. Junto a esta fórmula positiva, el artículo 4 de la LIONDAU se refería a la igualdad de oportunidades en sentido negativo, al establecer que se entenderá que se vulnera este derecho cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas.

Ciertamente, el concepto tenía amplitud y precisión suficientes como para permitir la construcción de un verdadero derecho de la discapacidad basado en la igualdad de oportunidades, hasta el punto de que podríamos hablar de un concepto de igualdad de oportunidades “ampliado” con el de igualdad de trato. Más allá de lo que el rigor técnico podría recomendar, lo cierto es que parece adecuado formular de este modo un derecho del que depende ni más ni menos que la pretensión de vida independiente en condiciones de igualdad de un gran número de ciudadanos. En definitiva, hay que convenir que la LIONDAU se presentó como una oportunidad histórica para impulsar de modo decidido la igualdad efectiva de las personas con discapacidad que establece nuestra Constitución, si bien no se podía afirmar que esa igualdad fuera una realidad plena<sup>195</sup>. Plausible era, finalmente, la propia denominación de la LIONDAU, en la que expresamente se trataba del derecho de las personas con discapacidad a

---

<sup>195</sup> CABRA DE LUNA, M.: «Un nuevo contexto para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad...*, op. cit., pág. 193.

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

tener las mismas oportunidades que las personas que no presentan tal condición, sin mencionar la integración, puesto que ésta es condición y a la vez consecuencia de la efectiva consecución del mencionado derecho.

### **C) Igualdad y discapacidad en el TRLGD**

El vigente Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, ha supuesto la derogación de la LISMI y de la LIONDAU, cuyos contenidos, junto con el de 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, a la que también deroga, se refunden en el nuevo texto legal. Esta refundición de las tres leyes citadas, tiene su fundamento en el mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la redacción dada por la disposición final quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

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

La TRLGD define la igualdad de oportunidades como la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o por razón de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el

efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, laboral, cultural, civil o de otro tipo. Expresamente se dice en el artículo 2 de la norma que también se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva. Se trata, sin duda, de un concepto de igualdad de oportunidades muy próximo al que se utiliza en la normativa internacional y en la europea en los tiempos actuales.

A lo largo de todo el texto de la Ley son continuas las referencias a este principio de igualdad de oportunidades, y en el concreto ámbito del trabajo de las personas con discapacidad, al que el TRLGD dedica el Capítulo VI de su Título Primero, se comienza señalando, en el artículo 35.1, que las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación. Curiosamente, en este Capítulo VI se contiene un concepto de igualdad de trato que estaba ausente en el catálogo de definiciones del artículo 2, en el que sí se hallaba la de igualdad de oportunidades; se dice, en el artículo 36, que se entiende por igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por motivo o por razón de discapacidad, en el empleo, en la formación y la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo<sup>196</sup>. Pareciera, pues, que la igualdad de trato es una concreción específica del principio de igualdad de oportunidades en los ámbitos relacionados con el empleo, puesto que también se dice en el artículo 40.1 que, para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad. En realidad, más bien parece que el legislador identifica ambos principios en relación con el trabajo de las personas con discapacidad, ya que en el artículo 35.2 se dice que la garantía y efectividad de los derechos “a la igualdad de trato y de oportunidades” de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en el Capítulo VI del Título Primero del TRLGD y en su normativa

---

<sup>196</sup> No aparece en el texto de la Ley, fuera de este Capítulo VI, referencia alguna al principio de igualdad de trato.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

específica en el acceso al empleo<sup>197</sup>, y el artículo 63.3 determina que las garantías del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad previstas en el Título II del propio Texto Refundido, tendrán carácter supletorio respecto a lo previsto en la legislación laboral<sup>198</sup>.

Las referencias al principio de igualdad de oportunidades son mucho más abundantes en el Título II del TRLGD, precisamente dedicado a la “Igualdad de oportunidades y o discriminación”<sup>199</sup>. En concreto, se dice en el artículo 63 que se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas. Así pues, salvo en este último caso, se utiliza una fórmula de concreción del principio por ausencia de manifestaciones contrarias al mismo. Consecuentemente, se obliga a los poderes públicos a garantizar la igualdad de oportunidades mediante la lucha contra la discriminación y la adopción de medidas de acción positiva.

---

<sup>197</sup> Hay que tener en cuenta que, precisamente en la normativa laboral, se hace referencia al principio de igualdad de trato. Así sucede con el artículo 17.1 del TRLET, en relación con la no discriminación en las relaciones laborales. Sin embargo, en el artículo 64.3, sobre derechos de información de los representantes legales de los trabajadores, se dice que éstos recibirán información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del “derecho de igualdad de trato y de oportunidades” entre mujeres y hombres. El artículo 85.1 del propio TRLET, en la misma línea, establece que en la negociación colectiva existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover “la igualdad de trato y de oportunidades” entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. No existe, en relación con esta cuestión, referencia alguna en el TRLET al principio de igualdad de oportunidades aisladamente, que sí se invoca, sin embargo, al regular el derecho de los trabajadores con contratos de duración determinada a acceder a puestos de trabajo permanentes (artículo 15.7).

<sup>198</sup> Idéntico planteamiento al de la derogada LIONDAU. No obstante, en el momento en que esta norma fue aprobada, tenía cierto sentido esa supletoriedad, puesto que coexistían dos grandes normas reguladoras de derechos de las personas con discapacidad. Considerando la oportunidad que supone la refundición de ambas, quizá hubiera sido deseable una armonización mayor dentro del Texto Refundido vigente, puesto que ya no estamos ante dos ámbitos reguladores diferenciados, sino ante una única Ley General de derechos de las personas con discapacidad. Como señalaremos en el siguiente capítulo, en ocasiones el legislador delegado ha podido excederse de los límites que esta técnica legislativa presenta, mientras que en otros, como el que ahora tratamos, la necesaria sistematicidad de la norma se resiente de una insuficiente armonización de los textos que refunde.

<sup>199</sup> Este Título se corresponde esencialmente con el contenido de la derogada LIONDAU. El tercero y último de los Títulos del TRLGD se dedica a las Infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, antes reguladas en la derogada Ley 49/2007, de 26 de diciembre.

## **El principio de igualdad y la no discriminación**

---

Finalmente, hay que señalar que el TRLGD mantiene la especialidad de la normativa sancionadora laboral en este ámbito de la igualdad de oportunidades, si bien en el TRLISOS no aparece ni una sola referencia a este principio. Únicamente aparece citado el principio de igualdad de trato en la tipificación de la infracción muy grave en materia laboral contenida en el artículo 8.12, en relación con las discriminaciones directas o indirectas que puedan llevar a cabo los empresarios.

**Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

## **CAPÍTULO 2: EL CONCEPTO JURÍDICO DE DISCAPACIDAD**

### **2.1 Introducción: aproximación al concepto de persona con discapacidad y tratamiento jurídico de la discapacidad**

Una de las consecuencias de la construcción de los Estados Sociales y de la asunción por parte de éstos de un papel relevante en la acción social y en la protección de los ciudadanos ante circunstancias y condiciones que pueden provocar desventaja social ha sido la consideración de la discapacidad como un elemento muy relevante en la determinación del alcance y la intensidad de los distintos mecanismos de protección social. En todas las regulaciones nacionales, y también en las normas internacionales, aparecen de una manera más o menos explícita instrumentos de defensa de los derechos de las personas que presentan discapacidad, sobre la base de que la desventaja social que provoca es el resultado de la interacción de circunstancias personales –la deficiencia o discapacidad propiamente dichas- y de factores sociales que van desde la accesibilidad del entorno hasta las actitudes, los comportamientos y las propias normas<sup>200</sup>. No obstante esta común apreciación, lo cierto es que la determinación del propio concepto de discapacidad se presenta como una necesidad, y como la primera dificultad para afrontar un estudio completo de esas acciones y un análisis ponderado de las mismas.

En este apartado se procederá a exponer la evolución del concepto de discapacidad desde un modelo médico hasta un modelo social para profundizar posteriormente en la terminología empleada para hacer referencia al grupo de personas que conforma el ámbito subjetivo del estudio.

#### **2.1.1 Los modelos de discapacidad: desde el modelo médico hasta el modelo social**

La discapacidad se ha presentado históricamente como un factor determinante de dificultad en el desarrollo personal y social y, muy frecuentemente, como causa de discriminación. El punto de vista desde el que la sociedad ha contemplado las

---

<sup>200</sup> NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La integración laboral de las personas con discapacidad: régimen jurídico*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 2000, pág. 13.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

peculiaridades en la capacidad de las personas, especialmente cuando aquéllas llegan a ser condicionantes del normal desenvolvimiento de éstas en los distintos ámbitos de la vida social, ha condicionado en extremo las respuestas que las distintas disciplinas del saber humano han proporcionado. En todo caso, como tendremos ocasión de comprobar, el sometimiento de la ciencia jurídica a un modelo de discapacidad centrado en los parámetros estrictamente médicos de las disfunciones generadas por las distintas patologías ha sido, sin duda, uno de los factores que más negativamente han pesado en el lento desarrollo de un verdadero derecho de la discapacidad. Tal circunstancia resulta especialmente apreciable si afrontamos la cuestión desde otra perspectiva, claramente más enfocada, cual es la de los Derechos Humanos<sup>201</sup>.

Aunque el interés de los legisladores, tanto estatales como internacionales, por la integración social de las personas con discapacidad y la irrupción de normas con previsiones específicas para las relaciones laborales de estas personas son relativamente recientes<sup>202</sup>, la discapacidad ha supuesto siempre un hándicap para quienes la sufren en su adaptación a los entornos sociales propios de las distintas épocas de desarrollo de la humanidad. Así pues, sentada la percepción social permanente de la situación, se puede apreciar una evolución en el modo de afrontarla y en su propia comprensión, de modo que la sensibilidad social hacia la discapacidad ha ido mejorando en la medida en que han mejorado los entornos de protección de los derechos de los ciudadanos, tanto en las legislaciones internas como en las internacionales.

Por otra parte, más allá del modo en que se ha entendido la discapacidad en las distintas épocas históricas, hay que tener en cuenta que el Derecho necesita categorizar, y ello implica un esfuerzo adicional de delimitación, que va más allá de la mera definición de situaciones y que supone asumir que, teniendo cada

---

<sup>201</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: «Igualdad de Oportunidades, discapacidad y empleo», op. cit., pág. 563.

<sup>202</sup> GARCÍA QUIÑONES, J.C.: «El concepto jurídico laboral de discapacitado», en VALDÉS DAL-RE, F. (Director) y LAHERA FORTEZA, J. (Coordinador): *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2005, pág. 31. El autor entiende que el legislador debe adoptar un posicionamiento activo en la discriminación positiva a favor de la integración y la estabilidad de los trabajadores con discapacidad.



individuo peculiares características que le dotan de capacidades diferenciadas, ha de encontrarse un punto a partir del cual esas peculiaridades deben tener relevancia jurídica desde el punto de vista de los derechos fundamentales de las personas<sup>203</sup> y, muy especialmente, desde la perspectiva de los derechos a la igualdad y a no ser discriminado. La labor, por tanto, es doble; por una parte hay que encontrar un modo para determinar qué circunstancias o qué condiciones suponen alteraciones relevantes de la capacidad de las personas que pueden afectar a su posición social provocando una merma en sus oportunidades de integración y desarrollo; por otra, el legislador debe establecer parámetros objetivos que permitan crear un concepto jurídico de discapacidad, determinando los límites a partir de los cuales se producen esas circunstancias que quiebran la igualdad de oportunidades. Conviene, no obstante, asumir las carencias de la ciencia jurídica en este ámbito y reconocer una cierta esterilidad en los esfuerzos por concretar modelos conceptuales sobre la discapacidad, puesto que, en definitiva, todo límite genera áreas de proximidad para las cuales la mera invocación de la objetividad y la necesidad de categorizar se muestran, desde el punto de vista de la justicia material, manifiestamente insuficientes<sup>204</sup>.

Centraremos, no obstante, en este punto, el estudio de la cuestión en la determinación de los distintos modelos que han pretendido conceptualizar la discapacidad, definirla y establecer, en definitiva, unas bases objetivas que permitan localizar los distintos supuestos de discapacidad y crear un marco normativo para tratar las consecuencias que provocan en los diferentes ámbitos

---

<sup>203</sup> FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, pág. 54.

<sup>204</sup> En 2010, por primera vez, una norma con rango de ley afronta esta situación. Concretamente, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en su Disposición Adicional vigésima cuarta, establece lo siguiente: "El Gobierno estudiará, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, las medidas oportunas para mejorar la empleabilidad de las personas con capacidad intelectual límite que no alcancen un grado de discapacidad mínimo del 33 por ciento". Así pues, aflora la necesidad de fijar la atención del legislador en personas que, desde el punto de vista estrictamente legal, no tienen la consideración de personas con discapacidad, pero que, con la realidad social como testigo, muestran necesidad de atención legislativa para cumplir con la finalidad de la igualdad de oportunidades. Si convenimos la necesidad de generar entornos normativos protectores para personas que acreditan una discapacidad de 33 por 100 es difícil negar derecho alguno a quien presenta un 32 por 100, puesto que sería tanto como aceptar que la sociedad genera comportamientos discriminatorios calculados, matemáticos y catalogados a partir de un determinado grado de discapacidad.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

de la vida en sociedad<sup>205</sup>. Para ello, nos referiremos a los dos grandes modelos que han abordado esta tarea: el denominado “modelo médico” y el denominado “modelo social”<sup>206</sup>.

El modelo médico afronta la discapacidad como algo personal, una circunstancia propia de cada individuo que hace que se presenten limitaciones en sus posibilidades de acción personal y de desarrollo social<sup>207</sup>. La base de este modelo es asistencial o rehabilitadora, y presenta la discapacidad como un problema personal que debe ser tratado desde el punto de vista médico para alcanzar la curación y, consecuentemente, para hacer desaparecer la causa de los problemas personales y sociales que genera la sociedad, o bien paliar sus efectos mediante tratamientos adecuados. Hay, pues, una distancia evidente de la sociedad con respecto a la discapacidad, ya que el centro de atención de este modelo es el individuo afectado por la discapacidad y necesitado de atención para

---

<sup>205</sup> DE ASÍS ROIG, R., BARIFFI, F. y PALACIOS RIZZO, A.: «Principios éticos y fundamentos jurídicos», en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. (DIRECTORES): *Tratado sobre discapacidad*, op. cit., págs. 84 a 90. En esta obra se identifican, en realidad, tres modelos de discapacidad: un modelo de prescindencia, de base religiosa, un modelo médico o rehabilitador y un modelo social.

<sup>206</sup> Algunos autores identifican estadios previos e incluso posteriores a estos dos grandes modelos. Así, SEELMAN, K.D., Ph.D., en «Tendencias en la Rehabilitación y en la Discapacidad: Transición desde un Modelo Médico a un Modelo de Integración», Universidad de Pittsburgh, Disability World (<http://www.disabilityworld.org>), Vol. 22, Enero-Marzo 2004. En este artículo, la autora reconoce cuatro modelos: el modelo tradicional, el modelo médico, el modelo social y, el más reciente, el modelo de integración. El modelo tradicional, previo al médico, se basa en conocimientos, opiniones y prácticas determinadas por la cultura y la religión; así, dependiendo de la cosmología, la organización social y otros factores, las personas con discapacidad son ubicadas en la frontera entre lo humano y lo no humano, llegando a extremos como la práctica del infanticidio, rechazando la humanidad de infantes con discapacidad, y llegando a tener percepciones demoníacas o desafortunadas que otorgan a las personas con discapacidad, con frecuencia, el papel de proscritos. Por otra parte, hay que resaltar que en los largos y oscuros tiempos de la ausencia de reconocimiento de derechos humanos, determinadas situaciones relacionadas con la discapacidad podían, paradójicamente, tener un alto reconocimiento social; así sucedía, por ejemplo, con las derivadas de acciones de guerra, que hacían que, en algunos casos, la discapacidad se mostrara con orgullo como prueba de heroicidad y valor militar. No obstante, hay que reconocer que en estos periodos de ausencia de reconocimiento social de la discapacidad como circunstancia merecedora de tratamiento legal específico, abundaron más las situaciones de proscripción que las de ensalzamiento.

<sup>207</sup> OLIVER, M.: *Understanding Disability: From Theory to Practise*, Londres, McMillan Press Ltd, 1996. El autor, que tiene una discapacidad causada por un accidente ocurrido cuando nadaba en una piscina durante unas vacaciones, y reconoce que tiene un doble interés en la discapacidad, personal y profesional, confronta a lo largo de la obra los dos modelos clásicos de discapacidad desde ambos puntos de vista, resaltando la necesidad de afrontar la cuestión desde los dos ámbitos, el social y el médico, y la insuficiencia de este último modelo desde el punto de vista del tratamiento y la medicalización para lograr superar la tragedia personal que, en muchas ocasiones, supone padecer alguna discapacidad.

superar esa discapacidad, sin compromiso alguno por parte del resto de individuos para corregir los mecanismos de integración social. Este modelo, que revela una actitud protectora y dependiente de mecanismos institucionales que, en definitiva, terminaba prolongando la exclusión<sup>208</sup>, inspirará las primeras normativas específicas sobre discapacidad, tanto en los derechos internos como en la legislación internacional, y debe su pujanza, fundamentalmente, al auge de las ciencias de la salud relacionadas con la enfermedad mental –psiquiatría y psicología<sup>209</sup>, fundamentalmente- y a la abundancia de discapacidades físicas provocadas por las grandes guerras mundiales que tuvieron lugar en el siglo XX, coincidentes en el tiempo con un impulso generalizado del reconocimiento de derechos humanos en los mismos países que protagonizaron esas grandes confrontaciones bélicas.

El modelo médico, cuyas virtudes son innegables –especialmente si consideramos los modelos que lo precedieron, de base mágico-religiosa<sup>210</sup> o, lo que es lo mismo, la ausencia de modelos anteriores a él- ha supuesto un notable avance en el tratamiento de la discapacidad y en la corrección de sus efectos negativos en la calidad de la vida de quienes la padecen, tiene un enfoque estrictamente individualista, lo que impide un planteamiento realmente eficaz de los mecanismos de integración social de las personas con discapacidad<sup>211</sup>. En definitiva, este modelo pretende corregir las desigualdades que la discapacidad provoca en numerosos aspectos de la vida social combatiendo la propia discapacidad, con la finalidad de eliminar los efectos perniciosos de la misma en

---

<sup>208</sup> NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La Integración laboral de las personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 8.

<sup>209</sup> Esta ciencia identifica el modelo médico como el históricamente más antiguo, que arranca del estudio de la naturaleza, del ser humano y de la enfermedad por físicos y filósofos. Este modelo, que cuenta con la solidez que se deriva de siglos de estudio y que tiene mucha influencia en el resto de las disciplinas de la salud, se basa en la explicación causal del comportamiento, es decir, un conjunto de síntomas relacionados con una causa llamada etiología; de este modo, todo comportamiento anormal tiene una etiología específica que son las causas, ya sean fisiológicas, víricas o estructurales. La psicología opone a este modelo médico otros, de base menos asistencialista, como el cognitivo-conductual o el humanista o fenomenológico.

<sup>210</sup> PEREDA, C., DE PRADA, M. y ACTIS, W (COLECTIVO IOE): *La inserció laboral de les persones amb discapacitats*, Barcelona, Fundació La Caixa, 2003, pág. 16.

<sup>211</sup> ALONSO-OLEA GARC-IA, B.: «Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad», en ROMERO RÓDENAS, M.J. (coordinadora): *Trabajo y Protección Social del Discapacitado*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2003, página 21. En esta obra se distingue entre la afección, que puede constituir una deficiencia física, psíquica o sensorial, y los efectos de esa afección, concretados en una disminución de las posibilidades de integración educativa, laboral o social.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

la capacidad del individuo para integrarse socialmente de modo pleno o bien de minimizarlos con los tratamientos necesarios para reducir de ese modo las limitaciones y barreras para formar parte de la sociedad en condiciones de normalidad. Es, pues, el individuo el que debe cambiar, adaptando sus circunstancias personales al estándar social que le permitirá huir de la marginalidad y disfrutar de las oportunidades necesarias para integrarse plenamente en la vida social en igualdad de condiciones respecto del resto de individuos. Se asume, por tanto, una especie de sociedad perfecta, dotada de unas reglas de acceso y desarrollo justas y, por tanto, inmutables, que genera estereotipos a los que deben ajustarse los individuos para acceder a una vida social normalizada. No obstante, el modelo médico da un paso relevante en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, al poner al servicio de la superación de las trabas que la ésta provoca las medidas rehabilitadoras y recuperadoras<sup>212</sup> necesarias y, con ellas, todos los avances de las ciencias de la salud, la asistencia social e incluso, en algunos momentos de la historia reciente de la regulación de los derechos de las personas con discapacidad, de políticas de beneficencia social.

Las censuras a este modelo médico, centradas en su desvinculación de los derechos humanos y en una cierta infravaloración de la persona con discapacidad<sup>213</sup>, junto con la manifiesta insuficiencia del mismo, manifestada

---

<sup>212</sup> La propia Constitución Española mantiene, en su artículo 49, referencias a la esencia de este modelo médico, al utilizar las expresiones “prevención, tratamiento, rehabilitación” en referencia al mandato a los poderes públicos respecto de las personas con discapacidad. No obstante, el mismo artículo 49 va más allá del modelo médico en sentido estricto, al ordenar políticas de “integración” que permitan a las personas con discapacidad el disfrute de los derechos que la propia Constitución reconoce a todos los ciudadanos.

<sup>213</sup> PALACIOS RIZZO, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca, 2008, pág. 101. La autora, que opta por denominar a este modelo “rehabilitador” en lugar de recurrir a la clásica acepción de modelo médico, entiende que la propia base del mismo contiene una filosofía negativa, al considerar que la persona con discapacidad debe ser nuevamente habilitado para recuperar una dignidad supuestamente perdida como consecuencia de su discapacidad -de ahí que este modelo rehabilitador tenga su principal campo de acción en la Seguridad Social- y plantea una interesante reflexión: “Según los objetivos del modelo rehabilitador, parece que las personas con discapacidad se encontrarán obligadas a ser como los demás. Aunque quizás habría que preguntarse si a lo que se apunta es que las personas con discapacidad sean o parezcan ser, como los demás. Esto no es una cuestión insignificante. Por otro lado, habría que cuestionarse a quién se supone que se refiere la ecuación “como”, qué

activamente por las propias personas con discapacidad en un intento por dejar de ser considerados “ciudadanos de segunda clase”<sup>214</sup>, para conseguir el objetivo de integración de las personas con discapacidad en las distintas facetas de la vida en sociedad ha provocado su abandono, más que por la quiebra del modelo en sí, por la presencia de dos límites, uno máximo y otro mínimo, que la propia aplicación del modelo pone de manifiesto. Por lo que se refiere al primero, el clásico modelo médico no es sino la transposición de los planteamientos de los sistemas de Seguridad Social al ámbito de la discapacidad; la acción protectora del Sistema, junto con la asistencia social, son mecanismos válidos para combatir, médica y económicamente, los efectos perniciosos que en la actividad y en la vida de una persona puede producir la discapacidad, pero no pueden ser considerados, stricto sensu, mecanismos integradores. Por tanto, la disposición del Sistema de Seguridad Social para atender las situaciones de necesidad derivadas de la aparición de discapacidades es, además una exigencia constitucional <sup>215</sup>, un compromiso ético ineludible en un estado social; pero, dicho esto, no podemos detenernos en la contemplación de estos mecanismos de protección social para considerar cumplido el compromiso de integración social que la propia CE exige a los poderes públicos, entre otras cosas, porque ni las compensaciones económicas ni la mejor asistencia sanitaria posible son capaces de eliminar todas las patologías que pueden constituir discapacidad y, por tanto, siempre habrá un sector de la población, porcentualmente importante, incapaz de recuperar la capacidad mínima para poder competir con los demás en condiciones de igualdad en los distintos ámbitos de la vida social. Este límite máximo convierte al modelo médico en un conjunto de mecanismos paliativos, asistenciales, rehabilitadores y reparadores, pero se muestra escasamente dotado para conseguir que aquellos que padecen algún tipo de discapacidad

---

tipo de imagen es construida socialmente del individuo que es objeto de imitación, y cuál es el modelo cultural que está siendo impuesto”.

<sup>214</sup> PALACIOS RIZZO, A.: «La progresiva recepción del modelo social de discapacidad en la legislación española», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad...*, op. cit., pág. 145.

<sup>215</sup> Así se deduce del mandato que el artículo 41 de la Constitución Español realiza a los poderes públicos para el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos “que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

puedan evitar la discriminación social que se deriva de tal situación. La universalización del estereotipo es inalcanzable.

Por lo que se refiere al límite mínimo, podemos concluir que el modelo médico explota escasamente las posibilidades de exigir un verdadero compromiso social para superar las trabas que la discapacidad provoca en quienes la padecen a la hora de desarrollar su vida social. Por tanto, habrá que convenir que es la propia sociedad la que, habiéndose dotado de unas reglas de funcionamiento en sus distintos ámbitos que son manifiestamente excluyentes respecto de muchos ciudadanos –entre otros, los que presentan algún tipo de discapacidad- debe resarcir, modificando esas mismas reglas, a aquellos a los que aparta de la normalidad en el desarrollo de su personalidad en los distintos ámbitos sociales. Este planteamiento, hoy unánimemente aceptado en los países desarrollados y en los organismos internacionales más relevantes, aparece de una manera decidida en la década de los 70, muy especialmente en países anglosajones, y se extiende a otros muchos, entre los que se encuentra España, abordando la discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos<sup>216</sup>. Sin duda, la LISMI, junto con toda su normativa de desarrollo, y muy especialmente la LIONDAU, precedentes inmediatos del vigente TRLGD, fueron claros ejemplos de la asunción de un modelo social de discapacidad, en el que la acción positiva y la decidida actuación de los mecanismos de adaptación social, mediante la eliminación de barreras, el impulso de la igualdad de oportunidades, la accesibilidad universal y el diseño para todos, y la lucha contra cualquier forma de discriminación, se convierten en instrumentos válidos de integración social.

La prevalencia de este modelo social sobre el viejo modelo médico se pondrá de manifiesto a lo largo de la presente obra, si bien ya suenan voces que señalan ciertas carencias de este modelo social, muy especialmente cuando su adopción supone un cierto abandono de los planteamientos asistenciales que prevalecían en el modelo médico. En definitiva, quizá se trate de jugar menos con las palabras y decidirse de una vez a llevar a cabo cuantas medidas, ya sean de acción

---

<sup>216</sup> VALDÉS DAL-RE, F., «Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos», en VALDÉS DAL-RE, F. (Director) y LAHERA FORTEZA, J. (Coordinador): *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 371.

positiva o coercitiva, permitan hacer realidad la quimera de la integración social de las personas con discapacidad. No conviene, pues, debatir permanentemente sobre si la persona con discapacidad debe ser adaptada a la sociedad, como propugna el modelo médico, o es la sociedad la que debe realizar ese esfuerzo de adaptación a la persona con discapacidad, porque nuevamente encontraremos límites máximos y mínimos en ambos supuestos. Lo cierto es que si, como hemos visto, estos límites condenan al modelo médico a la incapacidad para lograr el pretendido objetivo de integración social, también podemos afirmar que el modelo social tiene límites máximos y, aisladamente considerado, minimiza las posibilidades que las ciencias de la salud y la biomecánica pueden proporcionar a muchas personas con discapacidad para conseguir una mejor adaptación social. La capacidad de una sociedad para modificar sus reglas clásicas de funcionamiento no es ilimitada; sirva como ejemplo de ello, si nos centramos en el ámbito laboral, la constatación de que la dimensión y la capacidad económica de las empresas hacen que se aprecie una considerable distancia entre los avances que en materia de integración laboral de personas con discapacidad se han producido entre ellas; nótese que incluso el legislador modera la imposición de acciones positivas al exigir únicamente a determinadas empresas, concretamente aquellas que tienen 50 o más trabajadores, la contratación de personas con discapacidad<sup>217</sup>. Esta circunstancia, en un país en el que la presencia de ese tipo de empresas supone menos de un 1 por 100 del total<sup>218</sup>, condiciona de manera incuestionable el impacto de la medida, ya que en la inmensa mayoría de las empresas no existirá obligación de reserva de ninguna clase.

Sumemos, por tanto, esfuerzos en lugar de confrontar modelos<sup>219</sup> y, muy probablemente, encontraremos mecanismos más eficaces de integración, aunque

---

<sup>217</sup> Artículo 38.1 de la LISMI.

<sup>218</sup> Según datos del Instituto Nacional de Estadística (DIRCE), en el año 2013 había en España 3.142.928 empresas, de las que únicamente 22.801 tenían 50 o más trabajadores asalariados. Especialmente revelador es el dato de que en el año 2010 había en España un total de 25.921 empresas de ese tipo, lo que supone una pérdida en tres años del 12 % de las empresas obligadas a reservar empleo para trabajadores con discapacidad.

<sup>219</sup> SEELMAN, K.D.: «Tendencias en la Rehabilitación y en la Discapacidad: Transición desde un Modelo Médico a un Modelo de Integración», op. cit., pág. 64. Según la autora, este modelo de integración “es un modelo que está en construcción y parte de la idea de que las personas con discapacidad tienen muchos roles, incluyendo el rol de ciudadano y el de paciente, entre otros” página 64.

resulte más complejo etiquetarlos en su conjunto<sup>220</sup>. Tengamos en cuenta, por otra parte, que la plena integración de las personas con discapacidad en la sociedad ha de ser, en un estado social, objetivo ineludible de las políticas públicas, no solamente porque desde una ética basada en el respeto a los derechos humanos resulta absolutamente imprescindible, sino porque además, y esto se olvida con frecuencia, las personas con discapacidad son activos de nuestra sociedad, y tienen sin duda mucho que aportar a la misma<sup>221</sup>.

### **2.1.2 Terminología: evolución histórica en la normativa española y análisis de la normativa comparada**

Para comenzar, conviene realizar una breve incursión en los aspectos terminológicos de la cuestión, ejercicio en absoluto ocioso por cuanto los términos empleados para hacer referencia a esta materia revelan a través de su evolución los convulsos debates que la determinación, el reconocimiento y la acción a favor de la discapacidad presentan. El hecho de que para referirnos a una situación personal y socialmente relevante, condicionante en ocasiones del eficaz disfrute de derechos y libertades que gozan del máximo reconocimiento constitucional, nos hayamos servido de un buen número de términos diferentes, no hace sino poner de manifiesto la dificultad que ha supuesto el reconocimiento de esa realidad, a la vez que explica la dirección en la que las distintas políticas sociales se han movido para tratarla. Esta situación, presente en la mayoría de los Estados que actualmente muestran mayor preocupación por la cuestión de la discapacidad, tiene en España especial significación<sup>222</sup>, tanto por la abundancia

---

<sup>220</sup> Invocamos aquí, pues, un nuevo modelo integrador, capaz de impulsar políticas integradoras desde los planteamientos clásicos del modelo social, con base en los derechos humanos, pero dispuesto también a utilizar los mecanismos del modelo médico que permitan coadyuvar en la consecución de ese objetivo.

<sup>221</sup> PALACIOS RIZZO, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes...*, op. cit., p. 104.

<sup>222</sup> Desde que el Real Decreto de 22 de enero de 1910 creara el "Patronato Nacional de Sordomudos, Ciegos y Anormales" hasta la creación, en el artículo 57 de la Ley 14/2010, de 29 de diciembre, del "Real Patronato sobre Discapacidad" se han venido sucediendo normas, denominaciones y terminologías diversas para hacer referencia a la discapacidad. Sirvan como ejemplo las siguientes: el Decreto de 3 de abril de 1934, en el que aparece el "Patronato Nacional de Cultura de los Deficientes", el Decreto de 6 de marzo de 1953, que regula el "Patronato de Educación para la Infancia Anormal" o el Real Decreto 1475/1986, de 11 de julio, que crea el "Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía".



de términos utilizados como por la imprecisión a la hora de definir cada uno de ellos<sup>223</sup>.

Así, nuestra normativa ha venido oscilando, en la fijación de los términos para hacer referencia a las personas que presentan discapacidad, entre la contundencia descriptiva y el eufemismo. En cierto modo, la progresiva sustitución de unos vocablos por otros, además de reflejar cambios conceptuales en la cuestión de fondo, no deja de suponer una cierta incomodidad con la cuestión misma, sirviendo el cambio terminológico en ocasiones para desarraigar en la medida de lo posible el término de la situación a la que hace referencia, en un intento por dulcificar la crudeza de la discapacidad<sup>224</sup>. La contundencia a la que hemos aludido es más propia de los primeros estadios de la regulación de la discapacidad en España, mientras que en épocas más recientes es más apreciable el esfuerzo eufemístico, más propio de una sociedad cada vez más implicada éticamente con la igualdad de oportunidades pero también cada vez más resuelta a intentar combinar ese planteamiento ético con una cierta estética de la norma, muy apreciable en éste y en otros ámbitos de regulación<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup> AZNAR LÓPEZ, M., AZUA BERRA, P. y NIÑO RAEZ, E.: *Integración Social de los Minusválidos. Comentarios a la Ley 13/1982 de 7 de abril*, Madrid, Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1982, pág. 46.

<sup>224</sup> DARÍO VILLANUEVA PRIETO, Secretario de la Real Academia Española, en su intervención en el programa "En Lengua de Signos" de La2 de Televisión Española, del día 29 de enero de 2011 señaló que las realidades "poco amables" contaminan a las palabras que las designan.

<sup>225</sup> Sirva como ejemplo, especialmente significativo por la combinación de ética y estética, el esfuerzo del legislador por alejar conceptualmente de la regulación del desempleo la situación de extrema dificultad que sufren muchas personas, y muy especialmente las que presentan discapacidad, en el acceso al empleo. Así, el legislador muestra su preocupación ante tales situaciones mediante la introducción de no pocos mecanismos de formación, capacitación e inserción profesional con la finalidad de facilitar ese acceso o de paliar al menos, en la medida de lo posible, las penosas consecuencias que esas específicas dificultades provocan en el empleo. En definitiva, esas dificultades son una prueba del escaso atractivo que las condiciones personales, profesionales y sociales de determinados colectivos de trabajadores, entre los que se hallan las personas con discapacidad, tienen para los empleadores. No obstante, el legislador obvia la contundencia de estos términos y llega incluso a crear un término que la Real Academia Española desconoce, como es el de "ocupabilidad". Sirvan como ejemplo la mayoría de las recientes normas reguladoras del empleo y de la protección por desempleo, alguna de las cuales, como la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, tienen la osadía de incorporar el poco académico sustantivo en su título, que reza del siguiente modo: "Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad". La "fealdad" que supone la falta de atractivo para la contratación laboral que presentan determinados trabajadores pasa por un tamiz eufemístico que no repara en normas gramaticales.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

No extraña, pues, que en la normativa española preconstitucional aparezca como término recurrente en la referencia a la discapacidad el de “*subnormalidad*”, con la consecuente atribución a quienes se engloban en este colectivo del apelativo de “*subnormales*”<sup>226</sup>. La ausencia de compromiso estético en este momento es muy evidente, aunque la brutalidad terminológica es compatible con la preocupación del legislador por la situación regulada, del mismo modo que en ocasiones la perfección estética produce pocos resultados en la mejora de las condiciones de vida de las personas afectadas por alguna discapacidad. Por otra parte, el arraigo de determinadas tendencias expresivas es tal que, en ocasiones, los propios afectados asumen, en el contexto de una regulación que se presenta como protectora y, en su momento, progresista, denominaciones poco compasivas con la dignidad de la persona y con la consideración y el reconocimiento social debidos a todos los ciudadanos de un Estado social<sup>227</sup>.

No obstante, podemos convenir, valoraciones estéticas al margen, que la adopción de unos términos u otros es sintomática de una determinada posición social ante la situación que se pretende regular. Podremos apreciar, por tanto, una relación directa entre el modelo de Derecho de la discapacidad que se adopta y el uso de una terminología más “médica” u otra más “social”. Es precisamente la preponderancia del primero de estos dos modelos el que vinculará discapacidad y enfermedad, hasta el punto de que las referencias a quienes padecen aquélla frecuentemente asumirán conceptos propios del tratamiento de enfermos y accidentados<sup>228</sup>, con notables influencias de la normativa militar<sup>229</sup>.

---

<sup>226</sup> AA.VV. y DIRECTORES VARIOS: *Estudios sociológicos sobre la situación social de España 1975*, Madrid, Euramérica S.A., 2011. En esta obra se utilizan sin reparo alguno las expresiones “subnormal” y “subnormales” para hacer referencia a las personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental. No obstante, y a pesar de la crudeza expresiva, se refiere en esta obra que “el trabajo de los subnormales tiene como misión fundamental el adaptarles a la sociedad y no el conseguir ventajas de tipo económico”. Sin duda, tal afirmación, con la oportuna corrección terminológica, encajaría perfectamente en cualquiera de nuestras actuales normas reguladoras de la discapacidad.

<sup>227</sup> Es común, en la España preconstitucional, encontrar numerosas asociaciones que incluyen en su denominación el término “pro-subnormal”. Es el caso, por citar un ejemplo significativo, de la propia Federación Española de Asociaciones Pro-subnormales (FEAPS), hoy denominada “Federación de Organizaciones en favor de Personas con Discapacidad Intelectual”.

<sup>228</sup> A esta categoría pertenecen los términos “inválido”, “inútil” o “impedido”, muchos de ellos presentes en la jerga militar relacionada con las consecuencias traumáticas de las acciones de guerra. También es frecuente el uso de los términos “deficiente” o “incapaz”, cuya relación con la consideración médica de la discapacidad es evidente.

Por otra parte, esta relación entre discapacidad y enfermedad, así como la delimitación conceptual y la fijación de los límites entre discapacidad e incapacidad continúan siendo cuestiones no resueltas por completo en nuestro actual sistema normativo. La delimitación de la discapacidad, en relación con la enfermedad, ha provocado en la práctica debates tan interesantes como el de la calificación que merece el despido de un trabajador cuando éste se halla en situación de incapacidad temporal. En este sentido, y aun considerando que tanto la legislación española<sup>230</sup> como la de la Unión Europea<sup>231</sup> manifiestan un indudable interés por la protección de los trabajadores frente a la discriminación, lo cierto es que la jurisprudencia ha venido manteniendo distintos criterios a la hora de determinar si efectivamente se produce sistemáticamente tal discriminación cuando se lleva a cabo el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal, prevaleciendo históricamente la interpretación contraria a considerar que, con carácter general, pueda aceptarse que tales extinciones contractuales resulten viciadas de nulidad<sup>232</sup>. Y todo ello a pesar de que el debate ha sido permanente, muy especialmente en los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas<sup>233</sup>.

---

<sup>229</sup> En algunos casos, estas situaciones han llegado a constituirse en elemento social destacado, llegando a tener normativa militar específica, como ocurrió con el “Cuerpo de Inválidos”, creado bajo el reinado de Isabel II y que no desaparecerá de modo definitivo hasta el año 1991.

<sup>230</sup> Desde la Constitución Española en su artículo 14 hasta la normativa ordinaria, destacando en este ámbito la prohibición el contenido del artículo 56 del vigente TRLET, que determina 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.

<sup>231</sup> El artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, dispone que la misma tiene por finalidad el establecimiento de un “marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”.

<sup>232</sup> El Tribunal Supremo ha sostenido que la enfermedad, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, “no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación” (Sentencia de 23 de mayo de 2005, RJ 2005\6023). En el mismo sentido, la STS de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2006\3907).

<sup>233</sup> Así, por ejemplo, mientras algún TSJ, como el de Andalucía (Sevilla) en Sentencia de 23 de octubre de 2003 (JUR 2004\140050) sostenía, invocando la reiterada doctrina de la jurisprudencia ordinaria que “el despido por ausencias debidas a bajas por enfermedad no puede vincularse con ningún derecho fundamental, no teniendo esa consideración el de protección a la salud del art. 43 CE, con rango de principio rector de la política social, sin que sea un factor de discriminación típico de los arts. 14 de la CE o 17 del TRLET”, otras, como la del TSJ de Cataluña de 31 de enero de

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

En la jurisprudencia europea, como no podía ser de otro modo, la cuestión presenta también un notable debate, destacando en primer término la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 5340/2006, de 11 de julio de 2006, que no acoge favorablemente la calificación de nulidad de un despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal al rechazar que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 “deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva”<sup>234</sup>. La sentencia concluye que “la Directiva 2000/78 no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad”, puesto que no aparece en la misma, ni en el derecho interno, referencia alguna a la enfermedad como supuesto amparado por el principio de no discriminación. No obstante, y aunque la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse una causa más de discriminación, este planteamiento es plenamente compatible con los matices introducidos por nuestro Tribunal Supremo, al afirmar que en ciertos casos, debido al cariz segregacionista del supuesto, es posible que un trato desigual motivado por una enfermedad constituya una discriminación<sup>235</sup>. Se quiebra así la posibilidad de relacionar directamente, a efectos de prevención de la discriminación, enfermedad y discapacidad, pareciendo que la omisión expresa de aquella en la normativa reguladora de la prevención de la discriminación pudiera obedecer a una voluntad del legislador de diferenciar las situaciones inherentes a la persona del trabajador

---

2005 (AS 2005\446), ponen en cuestión la traslación de la doctrina del Tribunal Supremo a lo casos en los que la enfermedad causante tiene origen o causa directa en el trabajo y “singularmente, de incumplimientos empresariales en materia de prevención, sea por accidente de trabajo, enfermedad profesional o patologías derivadas de riesgos psicosociales”, posicionándose a favor de la declaración de nulidad de los despidos en estos supuestos.

<sup>234</sup> Esta sentencia del TJUE tiene su origen en la solicitud de pronunciamiento por parte del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid sobre la posible inclusión dentro del ámbito protector del artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE de una trabajadora despedida por su empresa exclusivamente por razón de su situación de enfermedad.

<sup>235</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Discriminación por enfermedad. Auto del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 7 de enero de 2005 (AS 2005, 240)», Aranzadi Social núm. 5, 2005 (Westlaw BIB 2005, 1146).

de aquellas otras situaciones pasajeras o puntuales que acontecen a lo largo de la vida pero que no son en absoluto rasgos característicos de la persona<sup>236</sup>.

Pero en ese mismo ámbito europeo, resulta especialmente relevante la STJUE de 11 de abril de 2013, que resuelve los asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11. En esta Sentencia se plantea si el concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable. La respuesta es afirmativa, siempre que esta enfermedad acarree 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. Consecuentemente, el TJUE entiende que, en estos casos, la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, correspondiendo al juez nacional determinar si tal medida constituye o no en el caso concreto una carga excesiva para el empleador. En definitiva, habrá que entender que es contraria a la mencionada Directiva la posibilidad de extinción contractual como consecuencia del absentismo de un trabajador por bajas médicas por enfermedad cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables.

Después de un largo periodo en el que la discapacidad, desde un punto de vista terminológico que no es sino fiel reflejo del conceptual, aparece asociada de manera muy evidente a la enfermedad y al accidente, la irrupción de un nuevo modelo social en la concepción de las situaciones determinantes de la discapacidad y en el tratamiento que la sociedad debe procurar para ellas provocará, como no podía ser de otro modo, un cambio en el uso de los términos que supone una búsqueda ansiosa de la preciada expresión universal que permita presentar una situación objetiva de desventaja personal y social que es padecida

---

<sup>236</sup> ENJUTO JAREÑO, D: «Enfermedad y discapacidad: ¿fundamentan la nulidad de un despido? Comentario a la Sentencia del TJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05», *Iuslabor* 4/2006, pág. 5.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

por un gran número de ciudadanos, sin herir a los afectados, y a la sociedad misma, con la contundencia de los términos al uso. En esta línea se enmarca el artículo 49 de nuestra Constitución, que se decide por el término *disminuidos*. Ni que decir tiene que el esfuerzo del legislador constitucional por hallar la expresión perfecta no se vio recompensado con el éxito, ya que el término elegido, lejos de paliar la desacertada carga valorativa de sus predecesores, acentúa ésta al relacionar la situación que merita protección constitucional con una pérdida genérica, sin precisar siquiera a qué afecta esa merma. La discapacidad no puede, en modo alguno, presentarse como una circunstancia degradante con carácter general, y en ningún caso puede asociarse a una disminución personal, ya que de lo contrario se estaría prejuzgando la consecuencia de una peculiaridad, vinculándola en todo caso a una disminución genérica o, cuando menos, imprecisa. En estos términos se centrará la nueva búsqueda del término adecuado para definir situaciones peculiares que provocan desventaja, sin que ello suponga asociarlas necesariamente con una merma. Ardua labor, pero imprescindible si se pretende construir un Derecho de la discapacidad basado, valga la paradoja, en la capacidad<sup>237</sup>.

La terminología empleada por el legislador constitucional tuvo escaso predicamento, hasta el punto de que pocos años más tarde cuando, después de que el Gobierno elaborara el proyecto de ley, las Cortes Generales afrontan el desarrollo mediante normativa ordinaria del contenido del artículo 49 de la CE, en ningún momento se plantea el mantenimiento del término *disminuidos*, aunque a la vista del resultado de la opción elegida por el legislador ordinario, bien poco hubiera importado. La Ley 13/1982, de 7 de abril, que será el fruto de ese proceso de producción normativa, llevará por título “Ley de Integración Social de los *Minusválidos*”. No obstante, el legislador ordinario se esmera en no desairar al constitucional, adoptando el término elegido por éste dentro del texto de la LISMI en múltiples ocasiones, si bien la decisión de no utilizarlo en el título de la propia Ley resulta ilustrativa de las reticencias que el legislador de 1982 presenta ante el

---

<sup>237</sup> Asunto éste ampliamente tratado por distintas ramas del conocimiento humano, y muy especialmente desde la Psicología. SCHORN, M.: *Capacidad en la Discapacidad*, Argentina, Lugar Editorial, 2003.

vocablo<sup>238</sup>. No es menos cierto que la adopción del término “*minusválido*” refleja la complejidad de la tarea de búsqueda del término adecuado y, en definitiva, un nuevo fracaso en ese intento<sup>239</sup>.

No sería, pues, la LISMI la norma que resolviera el complejo asunto de precisar terminológicamente la cuestión. Antes al contrario, ya que la adopción del término “*minusválidos*” no hizo sino avivar el debate, poniendo de manifiesto una vez más que tras las discrepancias terminológicas subyace siempre un conflicto conceptual, en unas ocasiones ético, en otras estético y en muchas de ambos tipos. Fiel reflejo, en definitiva, de que más allá de tratarse de una mera formalidad sujeta a las reglas de la gramática y la semántica, estamos ante una cuestión de calado desde el punto de vista legislativo, es la publicación del Real Decreto 348/1986, de 10 de Febrero, por el que se sustituyen los términos *subnormalidad* y *subnormal* contenidos en las disposiciones reglamentarias vigentes hasta ese momento<sup>240</sup>. Esta norma se limitó a establecer que esos términos, hasta entonces de uso generalizado en la normativa, debían ser sustituidos por los de *minusvalía* y persona con *minusvalía*, añadiendo que cuando así procediera debería especificarse la naturaleza física, psíquica o sensorial de tal *minusvalía*<sup>241</sup>. Se trata, por tanto, del primer intento de uniformar terminológicamente la normativa reguladora de la discapacidad en España, pero quizá también de refrendar la opción que había realizado la LISMI. Como tendremos ocasión de comprobar, no será el último.

A partir de la LISMI, y de manera muy explícita desde el mencionado Real Decreto 348/1986, se abre un periodo de cierta paz terminológica en la regulación

---

<sup>238</sup> La LISMI se hallaba jalonada por la dualidad terminológica, ya que las expresiones *disminuido*, *disminuidos* o *disminución* aparecían en gran parte de su articulado (artículos 1, 2, 7, 10, 19, 50, 57, 64, 65 y disposiciones adicionales primera y sexta), si bien la norma apostaba por la expresión que le daba título y que se repetía de manera abundante a lo largo de todo el texto.

<sup>239</sup> Curiosamente, el término ya había sido empleado con anterioridad en la producción normativa. Así, el Real Decreto 1723/1981, de 24 de junio, regulaba, en un verdadero ejercicio de confusión terminológica, el reconocimiento, la declaración y la calificación de las condiciones de *subnormal* y *minusválido*.

<sup>240</sup> Nótese que, pudiendo haberlo hecho, la LISMI obvió esta cuestión, quizá porque en aquellos momentos el legislador se debatía entre el uso de la terminología constitucional y la creación de una nueva expresión que, sin constituir un marcado desprecio a la adoptada en la Carta Magna, pudiera superar las evidentes carencias de aquélla.

<sup>241</sup> En este caso, la norma reglamentaria abandona el pudor que pudo sentir su precursora de rango legal y no realiza mención alguna al término empleado en el artículo 49 de la Constitución, limitándose a reproducir el elegido por la LISMI.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

de la discapacidad, si bien el debate conceptual no desaparece. Más bien todo lo contrario, puesto que será en la década de los noventa cuando en distintos ámbitos, tanto estatales como internacionales, comience a apreciarse un cambio muy significativo en la definición de la discapacidad, pasando del original modelo médico hacia un nuevo modelo social, cuya plasmación en normas se producirá de manera muy intensa en la década siguiente. Lo cierto es que la normativa española de toda índole mantendrá disciplinadamente la uniformidad sugerida por la LISMI e impuesta<sup>242</sup> por el Real Decreto 348/1986 durante las dos décadas que seguirán a la aprobación de la primera<sup>243</sup>.

No obstante, como ya se ha señalado, la opción realizada por la LISMI, a pesar del éxito que su perdurabilidad pudiera hacer presumir, era absolutamente incompatible con la asunción de un modelo social de regulación de la discapacidad. De hecho, puede incluso sostenerse que es un término regresivo y que, de algún modo, parece apuntar hacia las definiciones de modelos normativos arcaicos, plenos de prejuicios valorativos y carentes de la sensibilidad necesaria para construir un Derecho de la discapacidad basado en la consideración personal y social y en la igualdad de oportunidades. Es un término el de “*minusválido*” que nuevamente pone el acento en las carencias, y no en las peculiaridades, y en una especie de fatal asunción de la merma genérica que comporta toda discapacidad. Serán muchas las voces que pongan de manifiesto estas inconsistencias terminológicas, hasta que la plasmación en normas internacionales, europeas y nacionales de muchos estados de un nuevo modelo social de la discapacidad hará imposible el mantenimiento en nuestro derecho interno de una expresión que en nada favorece la asunción de dicho modelo.

---

<sup>242</sup> Únicamente, como no podía ser de otro modo por aplicación del principio de jerarquía normativa, en el ámbito reglamentario de la producción normativa.

<sup>243</sup> Sirvan como ejemplos el 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 y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores *minusválidos*, Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los *minusválidos* que trabajen en los centros especiales de empleo, el Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre, por el que se regulan los centros ocupacionales para *minusválidos*, o el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de los centros especiales de empleo definidos en el artículo 42 de la ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los *minusválidos*. La utilización exclusiva del término “*minusválido*” y de la expresión genérica “*minusvalía*” es prácticamente uniforme en todos los casos.



Tanto es así que hay momentos de nuestra reciente historia normativa en los que caminamos decididamente hacia la incorporación de ese modelo social y únicamente enturbia ese decidido itinerario el mantenimiento de una terminología desacertada.

La oportunidad de provocar el cambio y de incorporar definitivamente una expresión que permita hacer compatible el uso terminológico con el contenido de la normativa llegará con la publicación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad. Lo cierto es que el término “discapacidad” ya era, en ese momento, de uso común en muchos ámbitos institucionales y normativos<sup>244</sup>, por lo que la LIONDAU vino a constituir el definitivo espaldarazo a la sustitución y evolución terminológicas.

La LIONDAU supuso, por tanto, la incorporación del término “discapacidad” en una norma cuya finalidad era “garantizar y reconocer el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social”<sup>245</sup>. Para lograr este objetivo, la propia LIONDAU proponía como herramientas imprescindibles la no discriminación, la acción positiva y accesibilidad universal, constituyendo con ellas una trama sobre la que se ha dispuesto un conjunto de disposiciones que pretenden obtener la finalidad descrita. La Ley, en su exposición de motivos, no hacía referencia alguna a las razones por las cuales se decidió incorporar de manera generalizada la nueva terminología, llegando incluso a soslayar la traba constitucional, ya analizada, al pretender que el nuevo término podía incluso extender su vigor expansivo a la CE, ya que llegaba a decir que “la Carta Magna, en su artículo 49, refiriéndose a las personas con discapacidad, ordena a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran y el amparo especial para el disfrute de sus derechos”. En realidad, como es bien sabido, la Constitución no se refiere expresamente a las personas con discapacidad, sino que utiliza el término

---

<sup>244</sup> Con anterioridad a la LIONDAU, por ejemplo, el Real Decreto 946/2001, de 3 de agosto, ya había aprobado el Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad.

<sup>245</sup> Exposición de motivos de la LIONDAU.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

*disminuidos*, circunstancia ésta que la LIONDAU pareció dar por resuelta, imponiendo la nueva terminología en todos los ámbitos<sup>246</sup>.

En todo caso, lo cierto es que desde la entrada en vigor de la LIONDAU, las expresiones “discapacidad” y “persona con discapacidad” se han instalado en nuestra normativa de manera generalizada, sustituyendo a todas las que anteriormente habían venido siendo utilizadas para referirse a las personas que presentan discapacidad. En un intento por extender indiscriminadamente esta terminología, Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en su Disposición Adicional Octava, que lleva por título “Terminología”, viene a establecer que las referencias que en los textos normativos se efectúan a “*minusválidos*” y a “*personas con minusvalía*”, se entenderán realizadas, desde la entrada en vigor de la propia Ley de Dependencia a la “discapacidad” y a las “*personas con discapacidad*”. Añade la LD que a partir de su entrada en vigor, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos “*persona con discapacidad*” o “*personas con discapacidad*” para denominarlas.

Siguiendo esta línea, el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, en su Disposición Adicional Segunda<sup>247</sup>, realiza lo que la propia disposición califica como una “actualización terminológica y conceptual”, y da un paso más allá. En efecto, después de incorporar el contenido de la Disposición Adicional Octava de la LD al señalar que todas las referencias hechas en la redacción original del propio Real Decreto a los términos «*minusvalía*» y «*personas con minusvalía*» quedan sustituidas por los términos «discapacidad» y «*personas*

---

<sup>246</sup> En sede parlamentaria la cuestión fue suscitada en 2005 por el propio Presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero, quien señaló que “no podemos permitir que en 2005 nuestra Constitución defina a las personas con discapacidad como *disminuidos*” y añadió que “la Constitución, que es ante todo nuestra carta de derechos, se refiere a las personas con discapacidad de una manera inasumible, por lo que propondré a todas las fuerzas políticas que se modifique el artículo 49 para borrar la palabra *disminuidos* y cambiarla por *discapacitados*”. Desde entonces, no se ha producido movimiento alguno que haya tenido trascendencia pública en ese sentido.

<sup>247</sup> Introducida por el apartado tres del artículo único del Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre.

con discapacidad», respectivamente, introduce una nueva terminología para las referencias que en la redacción original del Real Decreto se hacían a los términos «discapacidad» y «grado de discapacidad», las cuales quedan sustituidas por «limitaciones en la actividad» y «grado de las limitaciones en la actividad», respectivamente<sup>248</sup>.

Lo cierto es que, desde la entrada en vigor de la LIONDAU, reforzada por la previsión integradora de la terminología que contiene la Ley de Dependencia, todas las normas publicadas en las distintas áreas de regulación han adoptado de manera uniforme la nueva terminología<sup>249</sup>, que ha quedado definitivamente consolidada en el vigente TRLGD. No obstante, los viejos términos se resisten a desaparecer de nuestro panorama normativo, impulsados en ocasiones por una inconsciente dinámica conservadora y otras por el apego que determinadas denominaciones han provocado entre quienes las han venido utilizando durante años<sup>250</sup>.

Como complemento a este apartado introductorio, dedicado a la terminología, cabe señalar que en otros países de habla castellana se ha optado, al igual que ha sucedido en España, por incorporar los términos “discapacidad” y “persona con discapacidad” tanto en la literatura científica como en la propia producción normativa. Así, ya en 1981 en Argentina se utiliza la expresión “discapacitados”<sup>251</sup>

---

<sup>248</sup> La propia Disposición Adicional Segunda precisa que se entenderá por «grado de las limitaciones en la actividad», las dificultades que un individuo puede tener para realizar actividades, expresadas en porcentaje. Una «limitación en la actividad» abarca, según el precepto, desde una desviación leve hasta una grave, en términos de cantidad o calidad, en la realización de la actividad, comparándola con la manera, extensión o intensidad en que se espera que la realizaría una persona sin esa condición de salud.

<sup>249</sup> Sirvan como ejemplos, por abarcar áreas normativas bien diferenciadas, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en cuyo exposición de motivos y a lo largo de todo su articulado –artículos 53, 54, 60, 61 y Disposición Adicional 16ª, entre otros- se utiliza de manera exclusiva la nueva terminología, o la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, que sigue idéntica tendencia tanto en su articulado –artículos 1, 2 y 6, entre otros- como en su exposición de motivos.

<sup>250</sup> Sirva como ejemplo paradigmático de esta situación la propia denominación de la LISMI, que ya sea por impulso histórico o por apego terminológico, continúa denominándose Ley de Integración Social de los *Minusválidos*. Por otra parte, las normas que hemos señalado como ejemplo en la nota anterior no eliminan por completo la referencia a la “minusvalía”, ya que la Ley 35/2006 continúa haciendo referencia en su articulado al “grado de minusvalía” –artículos 7, 20, 32, 53 y 60, entre otras disposiciones- y lo mismo cabe decir de la Ley 43/2006, que hace lo propio en su Disposición Adicional Primera y que, además, mantiene las referencias a otras normas sin procede al denominarlas a realizar la oportuna corrección terminológica.

<sup>251</sup> Ley 22.431, de Protección Integral para los Discapacitados, sancionada el día 16 de marzo de 1981. En esta norma, se hace referencia a la “discapacidad” y a las “personas discapacitadas”.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

para referirse a este colectivo, en un momento en el que en España el término dominante, que se incorporaría de inmediato a la LISMI, era el de “*minusválidos*”. No obstante, conviene señalar que parece más adecuada la terminología actualmente utilizada en España, referida a las “personas con discapacidad”, que responde mejor a la nueva concepción de estas situaciones que la de “discapacitados”<sup>252</sup>. En todo caso, en la normativa argentina no tuvieron acogida los términos “*minusválía*” y “*minusválido*”, que se utilizaron prioritariamente en España durante décadas.

Por señalar otro ejemplo internacional entre los países de habla hispana, especialmente relevante por tratarse de normativa muy reciente, la Ley chilena de discapacidad<sup>253</sup> consagra la utilización de la nueva terminología, que es uniforme a lo largo de todo el texto normativo. De hecho, esta norma utiliza, al igual que ocurre en nuestra normativa vigente, los términos “discapacidad” y “persona con discapacidad” con carácter general, si bien en ocasiones recurre al término “discapacitado”, menos adecuado como ya hemos tenido ocasión de señalar.

Cabe hacer referencia finalmente, en este ámbito de países hispanoparlantes, a la normativa mexicana para comprobar nuevamente cómo el término “discapacidad” tiene en la actualidad una proyección prácticamente global. La Ley General de las Personas con Discapacidad mexicana<sup>254</sup> utiliza el término con exclusividad, acudiendo también a la expresión “persona con discapacidad” para hacer referencia al ámbito subjetivo de la norma. En este caso, no hay interferencias de otros términos, y resalta especialmente la exclusión de la expresión “discapacitado”, utilizada en otras legislaciones erróneamente como sinónimo de la más acertada e internacionalmente consensuada “persona con discapacidad”, que permite proyectar claramente el interés por evitar la identificación entre la

---

<sup>252</sup> Hay que señalar, no obstante, que en la normativa argentina se utilizan ambas expresiones, ya que en algunas normas, como la Ley 19.279, de 4 de octubre de 1971, de Automotores para Discapacitados, a pesar de su denominación, ya se utilizaba la expresión “personas con discapacidad”. En la Ley 24.714/96, de 2 de octubre de 1996, se hace referencia a los “hijos con discapacidad”.

<sup>253</sup> Ley 20.422, promulgada el día 3 de febrero de 2010.

<sup>254</sup> Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2005.

característica y la persona, de modo que el sustantivo permanece inalterable y evita distorsiones conceptuales como las provocadas por el uso de términos inadecuados, como el de “discapacitado”<sup>255</sup>.

Fuera del ámbito de los países hispanohablantes, y partiendo de la dificultad adicional que comporta la precisa traducción de los términos empleados en las distintas lenguas<sup>256</sup>, conviene acudir al análisis de algunos ejemplos especialmente relevantes. El primero de ellos puede ser el del Reino Unido, que contiene en la *Disability Discrimination Act*<sup>257</sup> el núcleo central de su normativa en materia de discapacidad. Como puede apreciarse, el término utilizado presenta grandes similitudes con el más extendido actualmente en castellano<sup>258</sup>, puesto que la expresión *Disability* bien puede equivaler a la de Discapacidad en nuestra lengua<sup>259</sup>. En la propia DDA se utiliza, para hacer referencia a las personas que presentan discapacidad, la expresión *Disabled Person*, apreciándose cierto paralelismo con el uso castellano de la expresión “persona con discapacidad”.

En la normativa estadounidense aparecía expresamente el término *Handicapped* en la *Rehabilitation Act* de 1973. Sin embargo, la *Americans with Disabilities Act*

---

<sup>255</sup> En esa misma línea, deben ser evitadas todas aquellas expresiones que identifican a las personas con las enfermedades o las patologías, bien que ha sido hábito común en nuestra lengua durante siglos, tal como ocurría al referirse a las personas que padecían lepra como “leprosos”.

<sup>256</sup> ALONSO-OLEA GARC-IA, B.: «Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad», en ROMERO RÓDENAS, M.J. (coordinadora): *Trabajo y Protección Social del Discapacitado*, op. cit., pág. 14. Los términos más comúnmente utilizados en francés, inglés, alemán, italiano y portugués son, respectivamente, los siguientes: para “deficiencia”, *déficiencie*, *impairment*, *schädigung*, *insufficienza*, *deficiencia*; para “incapacidad”, *incapacité*, *disability*, *beeinträchtigung*, *incapacità*, *incapacidade*; para “minusvalía”, *hándicap*, *behinderung*, *hándicap* y *hándicap*.

<sup>257</sup> Textos normativos de 1995 y de 2005.

<sup>258</sup> No obstante, el término inglés *adequate* que aparece en la definición de *Disabled* introduce un matiz que puede resultar especialmente interesante, en tanto que apunta directamente hacia la adaptación como mecanismo de acción ante la discapacidad. En todo caso, en este mismo capítulo tendremos ocasión de plantear la cuestión de la terminología adecuada y los matices que presenta tanto en nuestra normativa como en la de otros países.

<sup>259</sup> Distintos diccionarios de lengua inglesa definen *Disability* del siguiente modo: *lack of adequate power, strength, or physical or mental ability; incapacity*. Bien podría, por tanto, traducirse como “falta de poder adecuado, fuerza, o capacidad física o mental; incapacidad”. Obsérvese que nuestro vigente diccionario de la Real Academia Española define Discapacidad como la cualidad de discapacitado, definiendo éste como aquel que “tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas”. Llama la atención que en su versión electrónica, el diccionario de la RAE, al definir el término “discapacitado” introduce un apunte en el que señala literalmente lo siguiente: “calco del inglés *disabled*”.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

de 1990<sup>260</sup> abandona esta terminología y utiliza de manera generalizada la expresión *Disabilities* para regular la ausencia de discriminación en distintos ámbitos de la vida social desde el punto de vista de la protección de las personas que presentan circunstancias desfavorables o desventajas. De este modo, se puede apreciar una modificación en la terminología que tiene que ver con el cambio de modelo, al pasar de una concepción médica de la discapacidad, tal como aparecía regulada en la *Rehabilitation Act* de 1973, a otra social que inspira la ADA de 1990.

Por tanto, en el mundo anglosajón se ha generalizado también la utilización de una expresión que pone especial énfasis en las circunstancias relativas a las peculiaridades en la capacidad de un grupo de personas que hacen que merezcan un especial tratamiento normativo con la finalidad de procurar su igualdad real en los distintos ámbitos de la vida. No obstante, quizá cabría reflexionar sobre la conveniencia de identificar un término que permitiera resaltar las dificultades que la sociedad genera en ese colectivo por encima de las peculiaridades de la capacidad de cada individuo. De hecho, no puede establecerse un estándar de capacidad fuera del cual cabría reconocer una alteración de la misma jurídicamente relevante, puesto que cada persona presenta unas peculiares características que le permiten desarrollar actividades de una manera más o menos dificultosa, y ello no solamente por sus propias limitaciones de capacidad, sino muy especialmente por las de la sociedad para permitir que pueda gozar de una vida digna y de unos entornos accesibles, en lo que debiera ser una permanente lucha contra la discriminación.

Para finalizar este recorrido por las legislaciones de otros países, conviene resaltar que en la normativa francesa, la expresión utilizada para hacer referencia a la discapacidad es la de *handicap*, expresión que admite más matices en su traducción que la inglesa. La ley francesa<sup>261</sup> utiliza la expresión para hacer referencia a toda limitación de actividad o restricción de participación en la vida en sociedad sufrida en su entorno por una persona debido a una alteración

---

<sup>260</sup> Modificada por la ADA Amendments Act de 2008.

<sup>261</sup> *Loi pour l'égalité des droits et des chances, pour la participation et pour la citoyenneté des personnes handicapées*, de 11 de febrero de 2005 (LH).

sustancial, sostenible o definitiva de una o varias funciones físicas, sensoriales, mentales, cognitivas o psíquicas, de una dificultad o un trastorno de salud que invalida<sup>262</sup>. En este caso, la expresión utilizada –*handicap*– tiene una eventual traslación directa a nuestra lengua, ya que el diccionario de la RAE, tras advertir que se trata de una “voz inglesa”, la define como genéricamente “circunstancia desfavorable, desventaja”. Así pues, puede perfectamente considerarse que la utilización en castellano del término “hándicap” aporta interesantes matices en la definición de la situación que sufren aquellas personas que presentan algún tipo de desventaja relevante para la integración en los diferentes ámbitos de la vida.

### 2.1.3 Valoración del estado actual de la cuestión de la terminología

Así pues, y aun constatado un cierto consenso internacional por aceptar un término que pone de manifiesto las peculiaridades que determinadas personas presentan respecto de lo que podríamos denominar una capacidad estándar para desarrollar las actividades comunes de la vida personal y social, lo cierto es que el término adoptado mayoritariamente –discapacidad, *disability*– no permite apreciar en toda su extensión la evolución de la normativa que regula los derechos de ese colectivo y el paso de una visión médica o terapéutica hacia una concepción social. Lo especialmente relevante es generar entornos, ámbitos, normas y prácticas que permitan que todas las personas puedan desarrollar su vida y participar en la sociedad en condiciones de igualdad y, por tanto, a la hora de hacer referencia a las personas que son acreedoras de especial atención para que ese propósito se haga efectivo, la expresión empleada debería resaltar ese deber social de adaptación por encima de las disfunciones que esas personas presentan sobre una concepción prototípica de la capacidad humana. Por otra parte, el uso del singular en la expresión consensuada actualmente la hace todavía más inadecuada, ya que no existe una capacidad genérica, sino capacidades concretas ante situaciones o acciones determinadas, de modo que todos presentamos discapacidades en relación con alguna de esas situaciones o acciones, por lo que lo jurídicamente relevante es determinar qué aspectos de la vida personal y social, por su especial relevancia, merecen ser tratados desde el punto de vista de la igualdad de oportunidades y, por tanto, requieren esfuerzos

---

<sup>262</sup> Artículo 2 de la LH francesa.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

de adaptación en la sociedad para impedir la discriminación. Dicho de otro modo, cuando una persona no consigue acceder de modo normal a alguno de los bienes, derechos o servicios sociales que podríamos considerar imprescindibles para el normal desarrollo de un ciudadano, quien presenta una evidente discapacidad es la sociedad, y no el individuo que padece esa discriminación.

Hablar, por tanto, de personas con discapacidad, es limitar de modo evidente el enfoque de la cuestión, volviendo a depositar en el individuo el germen del problema. Las personas que necesitan de adaptaciones o atenciones específicas para superar una situación de discriminación o para desarrollar su vida en igualdad de condiciones merecen gozar de las mismas oportunidades que aquellos que no precisan tales atenciones. Son, por tanto, personas que requieren atención específica para que, tal como exige el artículo 49 de la CE, puedan disfrutar de los derechos que la norma fundamental otorga a todos los ciudadanos; esa atención a la que hace referencia la CE no es más que una invocación genérica al deber de adaptación, a la no discriminación y, en definitiva, al respeto a la igualdad de oportunidades. No habría que hablar, por tanto, de personas con discapacidad<sup>263</sup>, sino de sociedades capaces de llevar a cabo los esfuerzos necesarios para erradicar la discriminación y permitir, mediante la acción positiva, la igualdad de oportunidades para todos los individuos. Aquellos que, por determinadas peculiaridades personales o sociales, no pueden llevar a cabo determinadas actividades, son personas con capacidades que precisan de adaptaciones o acciones que permitan la manifestación de sus capacidades en los distintos ámbitos de la vida. Es la ausencia de esas acciones lo que aumenta gravemente la dificultad o imposibilidad de desarrollo de esas personas y, por tanto, es la sociedad la que debe corregir sus discapacidades para evitarlo.

Esta propuesta de cambio terminológico no pretende sino remarcar de manera más contundente el nuevo modelo social de regulación de la discapacidad, entendida ésta como un problema esencialmente social y no tanto individual. Las personas que sufren discriminación o que no gozan de igualdad de oportunidades

---

<sup>263</sup> Aunque a lo largo de la presente obra se utilizará esa expresión, considerando que es la utilizada, como se ha podido apreciar, de manera generalizada en la práctica totalidad de la normativa interna e internacional vigente.



como consecuencia de presentar peculiaridades en su capacidad que les impiden acceder de manera normalizada a la vida en sociedad son personas que merecen acciones que corrijan esa situación de desventaja y de discapacidad social. Más allá del debate terminológico, que por su aridez pudiera presentarse como escasamente trascendente, la reflexión permite plantear un nuevo enfoque de los deberes que la sociedad tiene con este colectivo, en el sentido de que las acciones positivas que se lleven a cabo deben tener como objetivo eliminar las discapacidades que la sociedad presenta para lograr el objetivo de la igualdad material y la ausencia de discriminación. Aunque no es objetivo central de esta obra tratar sobre estas cuestiones, sí cabe apuntar, al menos como idea básica, que las acciones no deben ir enfocadas al colectivo de personas que tienen en común la presencia de determinadas circunstancias personales que las hacen diferentes de las que se aproximan al estándar de la capacidad humana, sino a aquéllas que se encuentran ante situaciones de desventaja provocadas por la incapacidad de la sociedad para permitir que puedan afrontarlas en condiciones de igualdad con el resto de individuos. Por tanto, y como una nueva fase del proceso evolutivo hacia la consolidación de un concepto social de la discapacidad, conviene plantearse la necesidad de orientar las medidas de acción positiva hacia la corrección efectiva de las desventajas y hacia la ausencia de discriminación, favoreciendo la igualdad de oportunidades de todos los individuos que componen una sociedad<sup>264</sup>, tanto de los que no necesitan de acciones específicas para desarrollar sus capacidades como de aquellos que sí precisan de ese esfuerzo social de adaptación.

De este modo, la normativa debe identificar aquellos supuestos en que una persona tiene derecho a ser sujeto de acciones positivas que garanticen que se halla en situación de igualdad de oportunidades respecto de otras personas en

---

<sup>264</sup> Son muy tímidos, como se podrá comprobar a lo largo de la presente obra, los intentos por seguir ese camino. Así, por ejemplo, el vigente Programa de Fomento del Empleo, regulado en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, tomó la discutible decisión de incorporar a las personas con discapacidad como un colectivo más en la regulación de las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social derivadas de la contratación laboral. Se trata, evidentemente, de un planteamiento nada compasivo con el modelo social de la discapacidad, ya que pone el énfasis en la condición personal, sin considerar apenas la relación entre ésta y las necesidades de adaptación que en cada caso puedan presentarse. Apenas hay un atisbo de realizar tal consideración al regular las cuantías de las bonificaciones en los casos en los que la persona con discapacidad contratada presente “discapacidad severa”.

relación con el ejercicio de un derecho en concreto. La referencia a esas personas debe destacar, por tanto, el derecho a la acción positiva, bien que este derecho puede tener su origen en circunstancias diversas que provocan una situación de desigualdad inicial o que pudieran originar discriminación<sup>265</sup>. Una de ellas es, sin duda, la presencia de discapacidad, pero la justificación de la acción debe centrarse en el derecho subjetivo a la corrección de la desigualdad, y no en la circunstancia que la genera, reflejando de este modo los postulados del modelo social de discapacidad y huyendo de los planteamientos estrictamente asistencialistas del modelo médico.

## **2.2 El concepto de discapacidad en la normativa internacional**

### **2.2.1 El concepto de discapacidad en las Clasificaciones de la Organización Mundial de la Salud**

Es precisamente en este ámbito internacional donde se aprecia de un modo más evidente el paso de un modelo médico de la discapacidad a otro caracterizado por el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato y al pleno disfrute por parte de las personas con discapacidad de los derechos que las normas internacionales reconocen a todos los ciudadanos. Este segundo modelo, al que hemos venido atribuyendo el calificativo de “social”, será la base de la producción normativa de distintos organismos internacionales y el impulso para las reformas en las normativas internas encaminadas a la efectiva plasmación del principio de igualdad. En el centro de este debate sobre modelos se halla el concepto mismo de la discapacidad, puesto que el tratamiento legal de los derechos de las personas con discapacidad y de la regulación de sus posiciones jurídicas pende de aspectos conceptuales relevantes, en orden a determinar del modo más preciso posible el colectivo hacia el que deben dirigirse las actuaciones legislativas específicas que garanticen una efectiva igualdad de trato.

---

<sup>265</sup> No obstante, en la compleja búsqueda del término ideal, debe huirse de las tentaciones perifrásticas que, en definitiva, enmarañan y enmascaran las realidades a las que se pretenden referir. Así lo destacó DARÍO VILLANUEVA PRIETO, Secretario de la Real Academia Española, en su intervención en el programa “En Lengua de Signos” de La2 de Televisión Española, del día 29 de enero de 2011, refiriéndose expresamente a fórmulas tales como “personas con diversidad funcional” o “personas con capacidades diferentes”.

La Organización Mundial de la Salud ha llevado a cabo distintas actuaciones de marcado carácter técnico, tendentes a facilitar clasificaciones que puedan servir como instrumentos de conocimiento y tratamiento de datos al legislador para diseñar marcos normativos de referencia en el ámbito de la discapacidad. La primera de esas grandes clasificaciones es la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, publicada en 1980. El propio título de esta clasificación ya anuncia un planteamiento lineal de las relaciones entre los distintos conceptos tratados en la misma, y que parte, como elemento básico, de la enfermedad<sup>266</sup>. La CIDDDM establece y define tres conceptos básicos:

- El de deficiencia (*impairment*), referido a alteraciones o anomalías de una estructura anatómica que condiciona la pérdida de una función, ya sea ésta fisiológica o psicológica.
- El de discapacidad (*disability*), entendido como una restricción o falta de capacidad para llevar a cabo una actividad determinada y que se presenta como consecuencia de una anomalía.
- El de minusvalía (*hándicap*), que hace referencia a la existencia de una barrera provocada por una deficiencia o una discapacidad, y que limita o imposibilita el desarrollo normal de un individuo en función de factores tales como el sexo, la edad, o la situación social y cultural.

Se aprecia, pues, un carácter secuencial en el planteamiento de estos tres conceptos básicos, de modo que una enfermedad provocará una deficiencia que generará una discapacidad, y esa discapacidad a su vez dará lugar a una *minusvalía* en un individuo<sup>267</sup>. Este carácter lineal del planteamiento de la CIDDDM y la clasificación que del mismo se deriva ha tenido una notable difusión, y ha sido

---

<sup>266</sup> De hecho, esta CIDDDM se publicó como complemento de la Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE), documento que codifica las distintas enfermedades y cuya décima versión es utilizada en la actualidad.

<sup>267</sup> VAZ LEAL, F. y CANO CARRASCO, M.: «Clasificación de las deficiencias, discapacidades y Minusvalías», consultado en marzo de 2014 en la dirección electrónica <http://www.proyectojuvenalis.org/docs/clasificacion.pdf>, página 1: “De acuerdo con este esquema, una enfermedad o un trastorno específico (por ejemplo una infección en el período prenatal por citomegalovirus) da lugar a una deficiencia (lesiones cerebrales en el feto), las cuales a su vez darán lugar a una discapacidad (discapacidad para el aprendizaje) que determinarán la existencia de una minusvalía en el sujeto (incapacidad para cuidar de sí mismo adecuadamente y de funcionar con autonomía en el medio social)”.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

ampliamente utilizado en distintos países tanto en ámbitos normativos como en estudios técnicos o estadísticos. Así, por ejemplo, en España aparece expresamente mencionada la CIDDM en la redacción original del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad<sup>268</sup>. También está presente en la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Minusvalías y en la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de la Salud elaboradas en 1986 y 1999, respectivamente, por el Instituto Nacional de Estadística (INE). Lo cierto es que este planteamiento secuencial en tres niveles presenta evidentes dificultades conceptuales, máxime considerando que la traducción al español de los términos anglosajones “disability” y “hándicap” ofrece no pocos problemas de delimitación, ya que las expresiones elegidas para trasladar esos conceptos a nuestro idioma no parece que presenten nítidamente identificados los perfiles que pretende la propia CIDDM. De hecho, la diferencia entre discapacidad y *minusvalía* no refleja el verdadero sentido que ambos términos tienen en la secuencia lineal de la CIDDM, puesto que ambos parecen coincidir semánticamente con el término “disability”, de manera que el tercer elemento de la secuencia, entendido como la generación de obstáculos o barreras que la discapacidad provoca para el normal desarrollo personal, no encuentra acomodo terminológico y favorece un uso indiscriminado de términos que conceptualmente no son idénticos<sup>269</sup>. Tanto es así que la unificación terminológica que se ha producido en la normativa española con la universalización de la expresión “discapacidad” ha provocado una mayor

---

<sup>268</sup> Los baremos que aparecen en su Anexo I se establecen como “normas para la evaluación de las consecuencias de la enfermedad, de acuerdo con el modelo propuesto por la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la O. M. S”

<sup>269</sup> Desde el ámbito médico se ha señalado repetidamente esta circunstancia. Así, por ejemplo, QUEREJETA GONZÁLEZ, M.: «La Clasificación de la OMS: dificultades para usar un lenguaje común», Revista Zerbitzuan, número 37/99, página 1: “En el campo de las personas con deficiencia, discapacidad o minusvalía, existen una serie de conceptos básicos que son y han sido objeto de preocupación desde hace un par de décadas por los organismos internacionales a la hora de acometer cualquier tipo de graduación, ordenación o estudio de estos temas. Desgraciadamente, y a pesar del tiempo transcurrido, la terminología sigue estando un tanto confusa, tanto en el campo administrativo como en el legislativo (y por supuesto en la población general), empleándose la terminología de forma indiscriminada”.

confusión, si cabe, puesto que parece aglutinar los tres niveles de la secuencia de la CIDDM<sup>270</sup>.

Quizá como consecuencia de estas dificultades o resultado tal vez de la lógica evolución de la ciencia médica y de los aspectos conceptuales asociados a ella, la Organización Mundial de la Salud publica en 2001 la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, presentándose desde su Introducción como complementaria a la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10) y como una evolución de la CIDDM. En este sentido, y sin que la CIF suponga la desaparición del planteamiento secuencial en tres niveles que servía de base a la CIDDM, se dice que la CIF ha pasado de ser una clasificación de “consecuencias de enfermedades”<sup>271</sup> a una clasificación de “componentes de salud”, adoptando así una posición neutral en relación con la etiología y dejando a la investigación posterior la determinación de las relaciones de causalidad entre la enfermedad y sus consecuencias<sup>272</sup>.

El planteamiento de la CIF pretende integrar el viejo modelo médico de la discapacidad con el nuevo modelo social, afrontando una visión coherente de las distintas dimensiones de la salud desde los puntos de vista biológico, individual y social<sup>273</sup>, y utilizando para ello un único concepto que aglutina este enfoque “biopsicosocial”, que es el de discapacidad. Sobre esta base, la CIF se plantea cuatro objetivos básicos: proporcionar una base científica para el estudio de la salud y los estados relacionados con ella, establecer un lenguaje común para describir la salud y los estados relacionados con ella, permitir la comparación de datos entre países o disciplinas y proporcionar un esquema de codificación sistematizado para ser aplicado en los sistemas de información sanitaria. En lo que interesa al presente estudio, la consecución del segundo de los objetivos es especialmente relevante, ya que la concreción conceptual depende en gran medida de la definición terminológica.

---

<sup>270</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., pág. 40.

<sup>271</sup> Tal consideración merece en la CIF su predecesora, la CIDDM.

<sup>272</sup> Para facilitar esa labor, la CIF incluye una lista de factores ambientales que describen el contexto en el que vive el individuo, de modo que resulte posible el estudio de los “determinantes de salud” o “factores de riesgo”.

<sup>273</sup> OMS: *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*, Madrid, IMSERSO, 2001, pág. 22.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Lo cierto es que, al igual que sucediera con la CIDDM, la CIF ha tenido pronta difusión en la normativa interna de muchos países, hasta el punto de que la sucesión que en el marco internacional ha supuesto respecto de su predecesora se ha apreciado también en los ámbitos internos<sup>274</sup>, muy especialmente por lo que hace referencia a la adopción generalizada del término discapacidad<sup>275</sup>. Por otra parte, ha pasado a ser el referente ordinario en la normativa relacionada con la discapacidad y la dependencia<sup>276</sup>, por lo que se refiere a los aspectos técnicos, tanto en el ámbito interno como en la normativa internacional<sup>277</sup> en esta materia.

---

<sup>274</sup> Sirva como ejemplo lo sucedido con el Real Decreto 1971/1999, ya citado, en el que se ha introducido mediante Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, una Disposición Adicional Segunda que cita expresamente la “nueva clasificación de la Organización Mundial de la Salud, Clasificación Internacional de Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud”, de acuerdo con la cual se llevan a cabo las siguientes actualizaciones terminológicas:

1. Todas las referencias hechas en la redacción original de este Real Decreto al término minusvalía quedan sustituidas por el término discapacidad.
2. Todas las referencias hechas en la redacción original de este Real Decreto a los términos *minusválidos* y personas con minusvalía quedan sustituidas por el término personas con discapacidad.
3. Todas las referencias hechas en la redacción original de este Real Decreto al término discapacidad quedan sustituidas por limitaciones en la actividad. Este apartado resulta el más complejo, ya que en el redactado original del Real Decreto el término discapacidad se usaba con distintos significados, ya que en ocasiones era, en los términos de la CIDDM, un sinónimo de “impairment”, mientras que en otras lo era de “disability”.
4. Todas las referencias hechas en la redacción original de este Real Decreto al término grado de minusvalía quedan sustituidas por grado de discapacidad. En este punto, hay que señalar también que en el redactado original se usaban indistintamente ambas expresiones, ya que si bien en su título el Real Decreto 1971/1999 se refería al “grado de minusvalía”, a lo largo del texto aparece repetidamente la expresión “grado de discapacidad”.
5. Todas las referencias hechas en la redacción original de este Real Decreto al término grado de discapacidad quedan sustituidas por grado de las limitaciones en la actividad. Nuevamente aquí surge el problema ya comentado de la utilización indistinta en el texto original del Real Decreto del término “discapacidad” en los sentidos de “impairment” y “disability” de la CIDDM.

<sup>275</sup> En esa línea, 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 establece lo siguiente: “Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «*minusválidos*» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad». A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas”.

<sup>276</sup> El artículo 27.2 de la mencionada Ley 39/2006 establece que el grado y niveles de dependencia, a efectos de su valoración, se determinarán mediante la aplicación de un baremo que tendrá entre sus referentes la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, adoptada por la Organización Mundial de la Salud.

<sup>277</sup> Sirva como ejemplo la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 5 de abril de 2006 “sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de los derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida

### 2.2.2 El concepto de discapacidad en la producción normativa de la Organización de Naciones Unidas y de otros organismos internacionales

Sin duda alguna, las distintas disposiciones elaboradas por la Organización de Naciones Unidas son claro reflejo de la evolución conceptual y terminológica que la regulación de la discapacidad ha tenido en los últimos años, en un esfuerzo por generalizar y uniformizar conceptual y terminológicamente este ámbito normativo<sup>278</sup>. Así, remontándonos al comienzo de ese proceso evolutivo, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó el 20 de diciembre de 1971 la Declaración de Derechos del Retrasado Mental, que se presenta como una confirmación del compromiso de la Organización con los Derechos Humanos y las libertades fundamentales<sup>279</sup> y que reclama, por primera vez de un modo específico, la adopción de medidas que permitan una efectiva protección de esos derechos en relación con las personas que presentan retraso mental<sup>280</sup>. En esta Declaración se previene contra la explotación, el abuso y el trato degradante y se insiste en la necesidad de que las personas con retraso mental residan preferentemente en su entorno familiar, con la necesaria asistencia, y con acceso a la participación en la vida social. En una línea similar a esta Declaración de Derechos del Retrasado Mental, la ONU publicó el 9 de diciembre de 1975 la Declaración de Derechos de los Impedidos<sup>281</sup>, reconociéndose en ambas de una manera muy evidente el viejo modelo médico de discapacidad<sup>282</sup>.

A partir de estas dos grandes Declaraciones iniciales, la producción de disposiciones de la ONU ha venido poniendo de manifiesto un marcado proceso

---

de las personas con discapacidad en Europa”, 2006-2015, en la que se recomienda a los Estados miembros la utilización de la CIF en su normativa interna.

<sup>278</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *El empleo de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 29

<sup>279</sup> Explícitamente presentado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y en la Convención para la protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.

<sup>280</sup> Entre otros, se citan el derecho a la atención médica, a la seguridad económica, al desempeño de un empleo productivo o a otra ocupación útil, y a la educación, la capacitación, la rehabilitación y la orientación que permitan a esas personas desarrollar al máximo su capacidad y sus aptitudes.

<sup>281</sup> Más que discutible traducción del término anglosajón “disabled”, que se abandonó a partir del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad de 1988.

<sup>282</sup> La terminología y las definiciones no dejan lugar a duda sobre el modelo que siguen. En la segunda de ellas se dice lo siguiente: “El término “impedido” designa a toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales”.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

evolutivo hacia un concepto social de la discapacidad, apreciable tanto en los aspectos terminológicos como en las definiciones que permiten perfilar una propuesta más alejada de las circunstancias médicas y más próxima a las consecuencias individuales y sociales que tiene la discapacidad y las necesarias correcciones normativas tendentes a garantizar el principio de igualdad de oportunidades<sup>283</sup>. Este proceso culminará con la Resolución 61/106 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006, que aprobó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en vigor desde el día 3 de mayo de 2008<sup>284</sup>, y que define en su artículo 1 a las personas con discapacidad como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”<sup>285</sup>.

Junto a la Organización de Naciones Unidas, otros organismos internacionales han venido produciendo disposiciones relevantes relacionadas con la discapacidad, y lo han hecho siguiendo también una tendencia marcadamente social. Así, en el marco del Consejo de Europa, la Carta Social Europea es un claro ejemplo de ese proceso evolutivo, que se plasma en los aspectos terminológicos, ya que si bien en la primera versión se hacía referencia a “personas física o mentalmente disminuidas”, actualmente se utiliza la expresión “personas con discapacidad”<sup>286</sup>. La Carta Social Europea supone el compromiso

---

<sup>283</sup> SÁNCHEZ-CERVERA SERNA, J.M. y SÁNCHEZ CERVERA VALDÉS, J.M.: *Los trabajadores discapacitados*, op. cit., pág. 21. El Programa Mundial para las Personas Impedidas, adoptado por la Asamblea General el 3 de diciembre de 1982 plantea la necesidad de reconocer los mismos derechos y brindar las mismas oportunidades a los más de 500 millones de personas con discapacidad existentes entonces en el mundo que a todos los demás seres humanos, introduciendo el concepto de accesibilidad universal, que es uno de los pilares del modelo social de discapacidad.

<sup>284</sup> Treinta días después de que Ecuador, vigésimo país en hacerlo, ratificara la Convención, España publicó la ratificación de la Convención en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008. El 31 de enero de 2011 la Convención fue ratificada por Rumanía, contando en ese momento con un total de 98 adhesiones.

<sup>285</sup> No se utiliza una fórmula cerrada en la esta definición, ya que no se dicen que las personas con discapacidad “son aquellas que...” sino que “incluyen a aquellas que...”. De este modo, presenta un concepto abierto, ampliable en las normativas internas.

<sup>286</sup> El artículo 15 de la Carta Social Europea, tras la revisión de 3 de mayo de 1996, lleva por rúbrica original “The right of persons with disabilities to independence, social integration and participation in the life of the community”, que puede traducirse como “Derecho de las personas



de adoptar las medidas adecuadas para procurar a las personas con discapacidad orientación, educación y formación profesional en el marco del régimen general, siempre que sea posible, o en caso contrario, a través de instituciones especializadas, ya sean públicas o privadas. Por otra parte, se propone la promoción del acceso al empleo<sup>287</sup> y la adaptación de las condiciones de trabajo, así como la plena integración y participación social de las personas con discapacidad<sup>288</sup>.

No es posible finalizar este breve recorrido por la producción normativa de los distintos organismos internacionales en relación con la discapacidad sin hacer mención de los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, en los que también es claramente perceptible la evolución terminológica y la irrupción del modelo social de discapacidad. Así, en los primeros textos se utilizó genéricamente el término “inválido”<sup>289</sup> para sustituirlo progresivamente por el de “trabajador con discapacidad” hasta que esta última expresión se ha convertido en la uniformemente utilizada en las disposiciones de la OIT<sup>290</sup>. En todo caso, lo cierto es que esta organización siempre se ha planteado en su producción normativa la discapacidad como una situación de desventaja laboral merecedora de un tratamiento legislativo específico en la línea de la igualdad de trato, la igualdad de oportunidades, la incorporación de la formación, la participación de la comunidad, de las autoridades y de los representantes de empresarios y trabajadores, y la consulta con los

---

con discapacidad a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la sociedad”.

<sup>287</sup> Incluyendo mecanismos de empleo protegido.

<sup>288</sup> Es en este punto donde se aprecia más claramente el paso del modelo médico al modelo social, ya que en el redactado original de la Carta, en 1961, no se hacía referencia alguna a la integración social, y no será hasta la revisión de la misma en 1996 cuando se incluya la referencia expresa a “la aplicación de medidas, incluidas las ayudas técnicas, dirigidas a superar las barreras a la comunicación y a la movilidad y a permitirles acceder a los transportes, a la vivienda, y a las actividades culturales y de ocio”.

<sup>289</sup> Así, por ejemplo, en la Recomendación número 99, de 25 de junio de 1955, que lleva por título “La adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos”, en la que se dice que “el término (inválido) designa a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar empleo adecuado se hallen realmente reducidas debido a una disminución de su capacidad física o mental”.

<sup>290</sup> A partir del año 1994 comienza a utilizarse la nueva terminología. Así, en el artículo 9 del Convenio número 175, sobre trabajo a tiempo parcial, de 24 de junio de 1994, se plantea “una atención especial, en el marco de las políticas de empleo, a las necesidades y las preferencias de grupos específicos, tales como los desempleados, los trabajadores con responsabilidades familiares, los trabajadores de edad, los trabajadores discapacitados y los trabajadores que estén cursando estudios o prosigan su formación profesional”.

representantes de las personas con discapacidad<sup>291</sup>. Para la consecución de tales objetivos, la OIT ha venido planteando la necesidad de que se adopten medidas específicas en las normativas internas nacionales que permitan el fomento de las oportunidades de empleo para las personas con discapacidad, insistiendo en que tales medidas deben ajustarse a las normas en materia de empleo y de sueldo aplicables a los trabajadores en general<sup>292</sup>.

### **2.2.3 El concepto de discapacidad en el Derecho comunitario**

En el ámbito de la producción normativa de la Unión Europea resulta especialmente apreciable la evolución que tanto la terminología como el concepto mismo de la discapacidad ha presentado hacia la incorporación de un modelo social. Lejos todavía, no obstante, de alcanzar este modelo, en la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, relativa a un Programa de Acción Social para la realización del pleno empleo y mejor empleo en la Comunidad, se propone iniciar 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”; en esta Resolución se hace también referencia a las propuestas realizadas por la Comisión relativas a una Intervención del Fondo Social Europeo en favor “de los trabajadores *minusválidos*” y a un programa de acción en lo que se refiere a los “trabajadores *minusválidos*” en una economía libre. Por tanto, también en el ámbito comunitario el arranque normativo contiene referencias conceptuales propias del viejo modelo médico y, consecuentemente, ancladas terminológicamente en las expresiones propias del mismo.

En la Resolución del Consejo de 27 de junio de 1974, relativa al establecimiento del primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los *minusválidos*, en la línea de la de 21 de enero de ese mismo año, se introduce por vez primera de modo expreso una definición de *minusvalía*, entendida como “la limitación de las capacidades físicas o mentales, congénita o adquirida, que

---

<sup>291</sup> Tal es el planteamiento que se encuentra en el Convenio número 159, de 1983, “sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas”.

<sup>292</sup> En este sentido, por ejemplo, la Recomendación 168, también de 1983, “sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas”.

repercute en las actividades corrientes y en el trabajo de una persona, reduciendo su contribución a la vida social, su empleo profesional, y su capacidad de utilizar los servicios públicos”. La presencia del viejo modelo rehabilitador de discapacidad en esta definición es evidente y se refuerza al definir la propia Resolución al *minusválido* como “la persona cuya *minusvalía* (o la amenaza de *minusvalía*) está reconocida por la autoridad designada a este efecto, en vistas a su readaptación”<sup>293</sup>, de manera que, como es propio del modelo médico, es la persona con discapacidad la que, una vez reconocida oficialmente su condición por la autoridad competente, deberá ser readaptada socialmente, sin referencia alguna a las necesarias adaptaciones sociales para que las personas con discapacidad puedan disfrutar en igualdad de condiciones de los derechos reconocidos universalmente a todos los ciudadanos<sup>294</sup>.

El Derecho comunitario inmediatamente posterior a estas dos importantes Resoluciones mantendrá, en relación con la discapacidad, tanto el modelo como la terminología, de modo que años después la Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del propio Consejo, de 21 de diciembre de 1981, sobre la integración social de los *minusválidos*, invita a los Estados miembros a proseguir y, si es posible, 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 una línea continuista con el contenido de la Resolución de 27 de junio de 1974. No obstante, se aprecia una cierta evolución en el modelo, puesto que al precisar las líneas de fortalecimiento de las acciones de integración se dice que se tendrá especialmente en cuenta la necesidad de “suprimir los obstáculos para la participación plena y total de los *minusválidos* en la vida en sociedad”<sup>295</sup>. La tímida, pero apreciable incorporación del modelo social en esta

---

<sup>293</sup> Se hace expresa referencia a “la readaptación médica, la readaptación profesional y la readaptación social”.

<sup>294</sup> En este sentido, la Resolución de 27 de junio de 1974 define la readaptación a la que ella misma hace referencia como “el conjunto de medidas dirigidas a establecer y a mantener relaciones lo más satisfactorias posibles entre una persona y su entorno tras la aparición de una *minusvalía*, de una lesión o de una enfermedad generadoras de una *minusvalía*”, concepción que refuerza los aspectos rehabilitadores del modelo y que pone énfasis en la necesidad de “modificar” a la persona para que encaje a la sociedad, sobre la base de estándares sociales inamovibles.

<sup>295</sup> Expresamente se manifiesta la necesidad de desarrollar y aplicar medidas referentes a “la vivienda y a la movilidad de los *minusválidos* y a la mejora del acceso a los edificios y transportes

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Resolución de 21 de diciembre de 1981, se refuerza con referencias a la participación de “los *minusválidos*, de sus organizaciones representativas y, dado el caso, de su familia, en la concepción y ejecución de medidas que les afectan directamente”, y a la coordinación de los servicios relacionados con tales medidas. También se contienen indicaciones relativas a la necesidad de que las personas con discapacidad<sup>296</sup> tengan una vida lo más independiente posible y sean preparados para la vida activa principalmente integrándolos, en la medida de lo posible, en los sistemas normales de educación y de formación. No obstante, a la hora de concretar las actividades que deberán permitir la consecución de los fines expuestos, la Resolución insiste en el reforzamiento de las actividades emprendidas en aquellos momentos a nivel comunitario en el marco de la red de centros de readaptación, prueba evidente de que el cambio de modelo conceptual y normativo de la discapacidad todavía no se había dado en el año 1981 de una manera concluyente.

Ese cambio de conceptos y el consecuente cambio terminológico no se producirán de una manera inequívoca<sup>297</sup> sino hasta la publicación del tratado de Ámsterdam<sup>298</sup>, por el que se modifican el tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos. Así, al enunciar los motivos constitutivos de discriminación, y por tanto,

---

públicos, así como a otros servicios públicos, con el fin de promover al máximo la integración y la participación de los *minusválidos*”.

<sup>296</sup> Aunque la Resolución mantiene la vieja terminología y, por tanto, se refiere a los “*minusválidos*” y a las “*minusvalías*”.

<sup>297</sup> A pesar de que entre las Decisiones del Consejo de 18 de abril de 1988, por la que se adopta un segundo programa de acción de la Comunidad en favor “de los *minusválidos*” (HELIOS), y de 25 de febrero de 1993, por la que se aprueba el tercer programa de acción comunitaria “para las personas *minusválidas*” (HELIOS II) se aprecia una leve evolución al abandonar la atribución de la cualidad a la persona y hacer referencia a ésta con la calificación de su peculiar condición, lo cierto es que conceptualmente la presencia del modelo médico en ambas normas es muy notoria. En ambos casos, las definiciones ponen el acento en la presencia de “deficiencias” resultantes de afecciones físicas, mentales o físicas que limiten o impidan la realización de una actividad o de una función considerada normal para un ser humano. En el mismo sentido, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989, mantiene la terminología, si bien hace referencia a 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”.

<sup>298</sup> Este Tratado fue aprobado por el Consejo Europeo de Ámsterdam, los días 16 y 17 de junio de 1997, y fue firmado el 2 de octubre de 1997 por los ministros de Asuntos Exteriores de los quince países miembros de la Unión Europea en aquella época. Su entrada en vigor se produjo el día 1 de mayo de 1999 tras haber sido ratificado por todos los Estados miembros.

objeto de lucha contra su presencia por parte del Consejo, se cita expresamente la discapacidad<sup>299</sup>, y se introduce una declaración relativa a las personas que la presentan, en el sentido de que las instituciones comunitarias, al elaborar medidas con arreglo al artículo 100.A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, deberán tener en cuenta las necesidades de estas personas. A partir de este momento, y con muy escasas excepciones, la evolución hacia un modelo social de discapacidad y la adopción de la nueva terminología, en detrimento de las viejas referencias a las *minusválías* y a los *minusválidos*, será una constante en todo el Derecho comunitario.

No obstante hay que señalar que, si bien la línea evolutiva es innegable, lo cierto es que la precisión conceptual ha sido, y de hecho sigue siendo, insuficiente. De hecho, es la unificación terminológica el avance más apreciable, especialmente en la medida en que representa el abandono de antiguos modelos y la asunción de visiones más sociales del Derecho de la Discapacidad. Ello no obsta, como se ha señalado, para que se eche en falta una definición de la discapacidad uniforme, precisa y generalmente aceptada en el seno de la Unión.

Aun sin hacerlo con exhaustividad, un análisis de alguna de las normas comunitarias posteriores al Tratado de Ámsterdam permitirá apreciar la anunciada falta de uniformidad en el concepto de discapacidad. Así, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2000<sup>300</sup> “Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”, habla de una nueva estrategia de cara a la discapacidad y enuncia lo que, a la postre, resulta una cierta asunción de imposibilidad de concreción conceptual, al decir que las personas con discapacidad “no constituyen una categoría homogénea”, reconociendo que existe una gran diversidad de discapacidades y aspectos relacionados con las mismas, de manera que pueden ser manifiestas o encubiertas, severas o leves, singulares

---

<sup>299</sup> El artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (TCE) establece lo siguiente: “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, 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”.

<sup>300</sup> COM (2000) 284 final.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

o múltiples, crónicas o intermitentes. En definitiva, parece justificarse la ausencia de una definición de la discapacidad en la imposibilidad de concreción conceptual derivada de las múltiples facetas que presenta. No obstante, y a pesar de esta falta de concreción, el Derecho comunitario está plagado de normas que hacen referencia a la discapacidad como factor de discriminación y que persiguen la erradicación de tales discriminaciones en aras de una verdadera integración social desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades para todos<sup>301</sup>.

La normativa comunitaria más reciente no resuelve el problema de la dispersión conceptual, si bien refuerza notablemente la uniformidad terminológica<sup>302</sup>. Los planes de acción europeos sobre la discapacidad constituyen el núcleo de la acción comunitaria en esta materia, a partir de las estrategias aprobadas en el seno de la Unión Europea. Con la Estrategia Europea en Materia de Discapacidad 2004-2010 se pretendió lograr mejoras reales en las perspectivas del empleo, la accesibilidad y la vida independiente de las personas con discapacidad desde el planteamiento general de la participación directa de estas personas en la consecución de tales fines. Posteriormente, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones aprueba la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras<sup>303</sup>, que ha de proporcionar, en el ámbito de las competencias respectivas de la UE y de los Estados miembros, “un marco de acción a escala europea y nacional” para analizar las distintas situaciones de las personas con discapacidad, poniendo en marcha un proceso que tiene por finalidad “capacitar a las personas con discapacidad, de manera que puedan participar plenamente en la sociedad, en

---

<sup>301</sup> Entre otras, hacen referencia a la discapacidad como motivo de discriminación la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

<sup>302</sup> En este sentido, la Comunicación de la Comisión de 30 de octubre de 2003, relativa a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad: un plan de acción europeo, la “Comunicación de la Comisión de 29 de diciembre de 2005, sobre la situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada: el plan de acción europeo 2006-2007” o la “Comunicación de la Comisión de 26 de noviembre de 2007, sobre la situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea: el plan de acción europeo 2008-2009”.

<sup>303</sup> Aprobada el 15 de noviembre de 2010. COM (2010) 636 final.

unas condiciones de igualdad con el resto de la población”<sup>304</sup>. La presencia del modelo social y la asunción de una terminología uniforme y acorde con el mismo son, como vemos, tan apreciables como la ausencia de una homogeneización del concepto de discapacidad en el ámbito comunitario<sup>305</sup>.

### **2.3 Derecho comparado: el concepto de discapacidad y la lucha contra la discriminación en el empleo en la normativa interna de otros países**

Considerando que la discapacidad es un elemento de trascendencia jurídica presente en todo tipo de entornos culturales y sociales, y que, como hemos podido comprobar, no manejamos conceptos uniformes ni regulaciones homogéneas en esta materia, quizá lo más conveniente sea analizar el Derecho comparado como un elemento más de aproximación a un concepto uniforme de discapacidad. Desde esta perspectiva, estudiaremos este concepto desde el punto de vista de las normativas internas de algunos países, agrupados por ámbitos geográficos o culturales comunes. En una selección en la que se han tenido en cuenta la tradición de la normativa y los modelos, las diferencias en los planteamientos de tratamiento de la discapacidad y la singularidad de algunos supuestos, se analizarán las legislaciones de algunos países europeos (Francia, Reino Unido, Alemania e Italia), y las de Estados Unidos, México, Argentina y Australia.

En todos los casos, se procurará realizar una síntesis de la normativa vigente en materia de discapacidad, centrada en tres aspectos fundamentales: el concepto mismo de discapacidad, los procedimientos para la determinación de la existencia de tal condición en una persona y los mecanismos que la normativa ofrece para la lucha contra la discriminación en el empleo por causa de la discapacidad.

---

<sup>304</sup> ROJO TORRECILLA, E.: «El blog de Eduardo Rojo», en <http://eduardorojoblog.blogspot.com/2010/11/la-estrategia-europea-sobre.html>, 18 de noviembre de 2010.

<sup>305</sup> La Directiva 2000/78/CE no realiza aportación alguna en este sentido, ya que, pese a contener en su artículo 2 normativa específica para determinar el concepto de discriminación, no hace referencia alguna al concepto de discapacidad, limitándose a utilizar la terminología común en todas las normas comunitarias actuales.

### **2.3.1 Francia**

Comenzando por nuestro país vecino, la legislación francesa traspuso a su normativa interna la Directiva 2000/78/CE mediante la Ley 2005-102, de 11 de febrero, para la igualdad de oportunidades, la participación y la ciudadanía de las personas con discapacidad<sup>306</sup>, que lleva a cabo importantes modificaciones en la regulación de los derechos de estas personas. Por lo que interesa a este apartado, el artículo 2 de la mencionada Ley 2005-102<sup>307</sup> modifica el artículo L114 del Código de Acción Social y de las Familias para introducir un concepto de discapacidad de marcado contenido social, que es el siguiente: “Constituye una discapacidad, en el sentido de la Ley presente, toda limitación de actividad o restricción de participación en la vida en sociedad sufrida en su entorno por una persona debido a una alteración sustancial, sostenible o definitiva de una o varias funciones físicas, sensoriales, mentales, cognitivas o psíquicas, de un discapacidad múltiple o de un trastorno de salud que invalida”<sup>308</sup>. Son, por tanto, los efectos que esas alteraciones sustanciales producen en la vida en sociedad el núcleo mismo del concepto de discapacidad de la Ley francesa, que apunta de modo inequívoco al modelo social de discapacidad.

Desde esta perspectiva social, la normativa francesa en su conjunto muestra una clara determinación en la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad, reforzando la igualdad de oportunidades y poniendo el énfasis en que el esfuerzo adaptativo corresponde a la sociedad en su conjunto, y no a las personas que presentan discapacidad aisladamente consideradas. El reflejo de este planteamiento en el mundo del trabajo aparece claramente expresado en el Código del Trabajo francés, que dedica todo un título a los trabajadores con

---

<sup>306</sup> Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

<sup>307</sup> La decisión n ° 2010-2 QPC, de 11 de junio de 2010, del Consejo Constitucional, declaró contrario a la Constitución el segundo párrafo del apartado II de este artículo 2, pero no afecta al concepto de discapacidad que se expondrá más adelante.

<sup>308</sup> Texto original: “Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant”.



discapacidad<sup>309</sup>. El artículo L5213-1 de esta norma establece que se considera “como trabajador con discapacidad a toda persona cuyas posibilidades de obtener o de conservar un empleo son efectivamente reducidas a consecuencia de la alteración de una o varias funciones físicas, sensoriales, mentales o psíquicas”<sup>310</sup>, de modo que nuevamente los aspectos sociales predominan sobre los estrictamente médicos en este concepto de trabajador con discapacidad, aunque el origen de la situación continúa centrado en estos últimos<sup>311</sup>.

Por lo que hace referencia a los aspectos formales y procedimentales, la normativa francesa<sup>312</sup> prevé que la condición de trabajador con discapacidad sea reconocida por la Comisión de los Derechos y de la Autonomía de las Personas con Discapacidad a que se refiere el artículo L241-5 del código de la acción social y de las familias<sup>313</sup>, cuya composición es compleja, ya que incluye a representantes de la Administración, los servicios y los establecimientos públicos del Estado, de los organismos de protección social, de sindicatos y de asociaciones, reservando al menos para un tercio del total de sus miembros para representantes de las personas con discapacidad y de sus familias designados por las asociaciones representativas, y un miembro del consejo departamental consultivo de las personas con discapacidad. El reconocimiento de la condición de persona con discapacidad debe ir acompañado de una orientación hacia un establecimiento o un servicio de ayuda para el trabajo, o bien hacia el mercado del trabajo o hacia un centro de reeducación profesional.

---

<sup>309</sup> Título I del Libro II de la Quinta Parte del Code du Travail: “Travailleurs Handicapés”

<sup>310</sup> Texto original: “Est considérée comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique”.

<sup>311</sup> Al igual que, como tendremos ocasión de ver más adelante, sucede en España con la Ley 13/1982, de Integración Social de los *Minusválidos*, la normativa básica francesa no establece porcentajes mínimos para determinar la presencia de una discapacidad, acentuando así la flexibilidad del concepto.

<sup>312</sup> Artículo L5213-2 del Code du Travail.

<sup>313</sup> Texto original: “La commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées comprend notamment des représentants du département, des services et des établissements publics de l'Etat, des organismes de protection sociale, des organisations syndicales, des associations de parents d'élèves et, pour au moins un tiers de ses membres, des représentants des personnes handicapées et de leurs familles désignés par les associations représentatives, et un membre du conseil départemental consultatif des personnes handicapées. Des représentants des organismes gestionnaires d'établissements ou de services siègent à la commission avec voix consultative”.

Finalmente, por lo que se refiere a la lucha contra la discriminación, el artículo L1132-1 del Código del Trabajo contiene un principio general de no discriminación en las relaciones laborales, ya sea mediante acciones directas o indirectas<sup>314</sup> sobre las personas trabajadoras debidas a su origen, a su sexo, a sus costumbres, a su orientación sexual, a su edad, a su situación de familia o de su embarazo, a sus características genéticas, a su pertenencia o no pertenencia, verdadera o supuesta, a una etnia, una nación o una raza, a sus opiniones políticas, a sus actividades sindicales o mutualistas, a sus convicciones religiosas, a su apariencia física, a su apellido o a su estado de salud o a su discapacidad. Aparece, por tanto, expresamente citada la discapacidad como factor potencialmente constitutivo de discriminación, ya sea directa o indirecta, y además lo hace junto a la referencia expresa al estado de salud, de modo que evita los problemas derivados de las interferencias entre una y otra situación a la hora de determinar la aplicación de la norma y, en definitiva, a la de apreciar la presencia de una discriminación y la causa de ésta<sup>315</sup>.

### **2.3.2 Reino Unido**

En la actualidad, el concepto de discapacidad se halla recogido en la Equality Act (EA), que desde 1 de octubre de 2010 ha venido a reemplazar buena parte del contenido de la Disability Discrimination Act de 1995, norma que en su día supuso un referente en esta materia y un decidido paso en la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad, si bien todavía lejos de un modelo social y con un claro predominio de los aspectos propios del modelo médico de discapacidad. Con la EA se plantea un nuevo marco legislativo que actúa transversalmente para proteger los derechos de las personas con discapacidad y la igualdad de oportunidades para todos, actualizando, simplificando y reforzando la normativa anterior, en la que, como ya hemos tenido ocasión de exponer en el apartado 1.2 de esta obra, se utiliza de modo prácticamente uniforme la expresión

---

<sup>314</sup> El Code du Travail remite, a efectos de definición de la discriminación directa o indirecta, al artículo 1 de la "LOI n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations", y que está en la línea de nuestra propia legislación, por tratarse de normas traspuestas de la legislación comunitaria.

<sup>315</sup> Vid el análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 5340/2006, de 11 de julio de 2006 realizado en el apartado 1.2 de esta obra.

“disabled person”. La DDA estableció la siguiente definición de persona con discapacidad: “alguien que tiene un daño físico o mental que tiene un efecto sustancial y a largo plazo adverso sobre su capacidad de realizar actividades normales cotidianas”<sup>316</sup>. Como hemos señalado, en esta norma de 1995 no se aprecia todavía la incorporación de un concepto social de discapacidad, puesto que se centra en las adversas consecuencias que para la realización de actividades cotidianas suponen los daños sufridos por una persona con discapacidad, pero sin hacer referencia expresa, como veíamos en el caso de la normativa francesa, a las limitaciones o restricciones en la vida en sociedad y a la consecuente necesidad de adaptación para que el entorno se ajuste a la persona. En el modelo británico de la DDA<sup>317</sup> predomina el modelo médico, puesto que el énfasis se pone en las dificultades que los daños suponen para el desarrollo de la actividad cotidiana de una persona, y no en los desajustes que la vida en sociedad provoca en quienes presentan una discapacidad.

La aparición de la Equality Act en 2010 supone un avance en la definición de un modelo social de discapacidad y en la lucha contra la discriminación en la normativa británica, si bien mantiene la definición de la DDA prácticamente inalterada<sup>318</sup>. En este sentido, la EA regula las conductas discriminatorias prohibidas, ya sean directas o indirectas, dedicando una parte esencial al empleo<sup>319</sup>. Por lo que se refiere a los aspectos concretos relacionados con la discapacidad, la EA hace referencia expresa al transporte y a los ajustes razonables, dedicando además a esta materia el primero de sus Apéndices, en el que, entre otras cosas, se matiza un aspecto referido al concepto de discapacidad, relacionado con los “efectos sustanciales adversos”, remitiendo a las regulaciones para que se pueda determinar cuándo una limitación de la

---

<sup>316</sup> Texto original: “Someone who has a physical or mental impairment that has a substantial and long-term adverse effect on his or her ability to carry out normal day-to-day activities”.

<sup>317</sup> Muy criticado por algunos autores. Así, entre otros, WOODHAMS, C. y CORBY, S.: «Defining Disability in Theory and Practice: A Critique of the British Disability Discrimination Act 1995», *Journal of Social Policy*, Volume 32, Iss. 2, 2003, pág. 164-165. Los autores centran su crítica en el concepto mismo de discapacidad que aparece en la DDA, entendiendo que el modelo médico al que se somete supone un claro impedimento para lograr la igualdad efectiva de las personas con discapacidad en relación con el empleo.

<sup>318</sup> Art. 6 de la EA: “A person has a disability if this person has a physical or mental impairment, and the impairment has a substantial and long-term adverse effect on person's ability to carry out normal day-to-day activities”.

<sup>319</sup> Part 5: “Work”.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

capacidad de una persona para realizar actividades normales cotidianas puede o no ser tratada como un efecto sustancial adverso<sup>320</sup>.

No obstante la persistencia, al menos aparente, de un planteamiento conceptual que no parece decidirse por acoger claramente un modelo social de la discapacidad, lo cierto es que las políticas antidiscriminatorias llevadas a cabo en el Reino Unido parten de planteamientos sociales, basados en la necesidad de un marco social de igualdad de oportunidades<sup>321</sup> y de accesibilidad universal<sup>322</sup>, si bien la realidad legal condiciona la acción de los tribunales en esta materia, que presentan especial celo en la acreditación del cumplimiento de los requerimientos médicos de la DDA para atender las reclamaciones de los ciudadanos que perciben discriminaciones por razón de su discapacidad<sup>323</sup>. De este modo, resultan especialmente relevantes los aspectos procedimentales relacionados con la discapacidad, ya que la existencia o no de discriminación basada en esta causa requerirá la acreditación de la existencia misma de la discapacidad, entendida en el sentido médico de la EA.

La indefinición del concepto general de discapacidad que contiene la normativa británica ha generado la necesidad de producir normativa de desarrollo<sup>324</sup> y orientaciones o guías técnicas elaboradas por el gobierno que permitan precisar este concepto y faciliten a los Tribunales y a la propia Administración aplicarlo de un modo estable, en aras de la seguridad jurídica. Por lo que hace referencia a

---

<sup>320</sup> En este sentido, el Schedule 1 de la EA viene a establecer que el efecto de un daño será considerado como un efecto a largo plazo si ha permanecido durante al menos 12 meses, o bien probablemente perdurará durante al menos 12 meses, o bien ese efecto probablemente durará para el resto de la vida de la persona afectada. Por otra parte, aunque un daño deje de tener un efecto sustancial adverso sobre la capacidad de una persona de realizar actividades normales cotidianas, no variará su consideración si aquel efecto probablemente se repita en el futuro.

<sup>321</sup> En el Plan para los años 2009 y 2010 del "Equality and Human Rights Commission Disability Committee" se dice expresamente que el Comité tiene una visión de la sociedad en la que todas las personas con discapacidad tienen verdadera libertad de oportunidades y de participación plena en la sociedad como ciudadanos, en condiciones de igualdad.

<sup>322</sup> En el Apéndice 1 de la EA se incluye el concepto, y se desarrolla el contenido, de los ajustes razonables.

<sup>323</sup> Tampoco la normativa británica establece con carácter general porcentajes mínimos para determinar la existencia de una discapacidad, sino que centra el concepto en la evidencia de una afectación "sustancial" de la deficiencia sobre la capacidad de una persona para llevar a cabo actividades cotidianas, referida a un listado de capacidades que aparece en EA.

<sup>324</sup> Disability Discrimination Act (Meaning of Disability) Regulations, 1996. Esta norma, por ejemplo, excluye de la aplicación de la DDA los supuestos en los que se aprecia la presencia de determinadas adicciones, como las referidas al alcohol o la nicotina.

estas guías u orientaciones, se recogen en la denominada “Disability Discrimination Act. Guidance on matters to be taken into account in determining questions relating to the definition of disability”<sup>325</sup> y, a pesar de no tener carácter vinculante, suponen una referencia indispensable para los órdenes jurisdiccional y administrativo, a la hora de aplicar la Equality Act, en la determinación de la presencia de una discapacidad.

Finalmente, por lo que se refiere a la lucha contra la discriminación en el empleo de las personas con discapacidad, la EA<sup>326</sup> contiene un minucioso catálogo de previsiones para evitar la presencia de discriminaciones, directas o indirectas. De este modo, se dice que un empresario no puede establecer condiciones discriminatorias para las personas con discapacidad en las ofertas de empleo ni en el acceso al mismo o en la promoción profesional o la formación, extendiendo las obligaciones de igualdad de trato e igualdad de oportunidades en el empleo a las agencias de colocación. La propia EA establece, además, la obligación empresarial de aplicar los ajustes razonables necesarios para hacer efectiva la igualdad de oportunidades en el empleo de las personas con discapacidad<sup>327</sup>.

### 2.3.3 Alemania

La normativa alemana es un ejemplo más de ambigüedad en la definición de un concepto de discapacidad que pueda ser considerado íntegramente incardinado en el modelo social, de manera que se mantiene una prevalencia conceptual de los aspectos médicos de la discapacidad, si bien, como ocurría en el ejemplo anterior, en el desarrollo normativo la presencia de los aspectos más relevantes del modelo social de discapacidad se presentan de manera muy evidente.

El Código Social alemán de 2001 dedica su Libro IX a la Rehabilitación y Participación de las personas con discapacidad<sup>328</sup>, introduciendo un concepto de

---

<sup>325</sup> La guía que desarrollaba la DDA era del año 2006, mientras que tras la publicación de la EA se ha elaborado y actualizado esta guía en el año 2010. Puede ser consultada en [www.odi.gov.uk/equalityact](http://www.odi.gov.uk/equalityact).

<sup>326</sup> Part 5: “Work”; Chapter 1: “Employment”.

<sup>327</sup> Work: reasonable adjustments (Schedule 8 de la EA).

<sup>328</sup> Sozialgesetzbuch Neuntes Buch Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

discapacidad que ya anuncia el propio título del Libro. Así, en el artículo 2<sup>329</sup> de este Libro IX se dice que son personas con discapacidad aquellas que presentan una alteración de su capacidad física o mental o de salud psicológica que hace que difieran de las típicas de la edad y del estado propio de un individuo de la misma edad, de manera que restringen su participación en la vida en sociedad<sup>330</sup>. La incorporación al derecho alemán de la Directiva 200/78/CE, llevada a cabo mediante la Ley General de Igualdad de Trato<sup>331</sup> de 14 de agosto de 2006, no supone modificación alguna en el concepto legal de discapacidad contenido en el Código Social, ya que no se define la discapacidad, lo que en definitiva supone la asunción del concepto entonces vigente.

Se consolida, por tanto, un concepto de discapacidad que nuevamente enfatiza los aspectos médicos y que presenta las dificultades sociales como una consecuencia de esas alteraciones físicas o mentales, sin determinar conceptualmente los mecanismos de ajuste que deben primar para paliar esas desfavorables circunstancias. En definitiva, se vuelve a partir de un concepto de discapacidad formalmente clásico y excesivamente reverente con el tradicional planteamiento médico de la cuestión<sup>332</sup>, si bien en el desarrollo normativo se aprecia una marcada vocación social en el tratamiento de la discapacidad. Sobre los aspectos procedimentales no procede otra valoración que la realizada en el caso británico, puesto que la acreditación “médica” de la discapacidad se presentará como condición inexcusable para un eventual planteamiento discriminatorio.

Finalizando con los mecanismos de lucha contra la discriminación en el empleo, la normativa alemana presenta también los aspectos básicos que se contienen en la

---

<sup>329</sup> En su versión modificada por la Ley para promover la formación y el empleo de personas con discapacidad (“Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen”) de 23 de abril 2004.

<sup>330</sup> Texto original: “Menschen sind behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist”.

<sup>331</sup> Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. En su artículo primero se dice que “El objetivo de la ley es impedir la discriminación por motivos de raza u origen étnico, género, religión o convicciones, discapacidad, edad o identidad sexual”.

<sup>332</sup> El mero hecho de exigir un periodo mínimo de presencia de las alteraciones físicas o mentales, al igual que sucedía con la DDA y la EA británicas, refuerzan la presencia de ese modelo médico.

Directiva 2000/78/CE, incorporada al derecho interno, como hemos señalado, en 2006. No obstante, y evitando redundar en tales aspectos, abundantemente referidos a lo largo de esta obra, sí conviene señalar una característica peculiar en el caso del derecho alemán, ya que en el Libro IX del Código Social de 2001 se introduce una categoría especial de discapacidad, denominada “discapacidad grave”. Así, el artículo 2.2 de la norma citada establece que tienen esta discapacidad las personas que presentan un grado igual o superior al 50 por ciento y tienen su residencia legal o su residencia habitual en Alemania, o bien su empleo se desarrolla en un lugar de trabajo ubicado en ese país. Esta peculiar condición tendrá relevancia en distintos aspectos de la regulación de la discapacidad, pero por lo que ahora interesa especialmente, ha afectado de manera notable a la incorporación de la normativa comunitaria, ya que el Código Social alemán vincula la necesidad de efectuar ajustes razonables únicamente a estos supuestos de discapacidad grave, limitación que no aparece ni en la Directiva 2000/78/CE ni en la Comunicación de la Comisión de 19 de junio de 2008 sobre la aplicación de la misma.

Por lo que hace referencia a la regulación de la prohibición de las discriminaciones directas o indirectas en el empleo de las personas con discapacidad, en la ya citada Ley de Igualdad de Trato de 2006 se regula la denominada “Oficina de lucha contra la discriminación”<sup>333</sup>, prohibiendo con carácter general en su artículo 19 toda discriminación por motivos de raza u origen étnico, por motivos de sexo, religión, discapacidad, edad o identidad sexual e introduciendo en el artículo 20 el concepto de “tratamiento diferencial admisible”<sup>334</sup>, de manera que una violación de la prohibición de la discriminación no se plantea cuando hay una diferencia de trato por motivos de religión, discapacidad, edad, orientación sexual o de género basado en una razón objetiva. En relación directa con el empleo de las personas con discapacidad, el artículo 2 de la Ley de Igualdad de Trato prohíbe la discriminación en el empleo y las condiciones de trabajo, incluyendo salario y despido, especialmente en los

---

<sup>333</sup> “Antidiskriminierungsstelle”.

<sup>334</sup> “Zulässige unterschiedliche Behandlung”.

acuerdos de seguridad individual y colectiva y las medidas en la aplicación y el cese del empleo, y en la carrera profesional<sup>335</sup>.

### **2.3.4 Italia**

En el caso italiano, también la aparición de la Directiva 2000/78/CE ha supuesto un notable impulso a la normativa reguladora de la discapacidad y a la adopción de medidas tendentes a garantizar la igualdad de oportunidades y a evitar conductas discriminatorias. La incorporación de la normativa comunitaria al derecho italiano en esta materia se produce mediante la publicación del Decreto Legislativo de 9 de julio de 2003<sup>336</sup>, cuyo artículo primero determina que se incorporan las disposiciones relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de la religión, de las convicciones personales, discapacidad, de la edad y la orientación sexual, por lo que se refiere al empleo y las condiciones de trabajo, disponiendo las medidas necesarias para que estos factores no sean causa de discriminación, en una óptica que tenga en cuenta también el diferente impacto que las mismas formas de discriminación pueden tener sobre mujeres y hombres<sup>337</sup>. De este modo, también Italia utiliza la terminología común en la Europa actual<sup>338</sup> y fija su atención en la discapacidad como eventual circunstancia generadora de discriminaciones que deben ser evitadas para la consecución efectiva del principio de igualdad de trato; por otra parte, también a la hora de referirse a las personas

---

<sup>335</sup> Texto original: "die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen, insbesondere in individual- und kollektivrechtlichen Vereinbarungen und Maßnahmen bei der Durchführung und Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses sowie beim beruflichen Aufstieg".

<sup>336</sup> Decreto Legislativo número 261, "Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro", publicado en la Gazzetta Ufficiale n. 187, del 13 agosto 2003.

<sup>337</sup> Texto original: "Il presente decreto reca le disposizioni relative all'attuazione della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, disponendo le misure necessarie affinché tali fattori non siano causa di discriminazione, in un'ottica che tenga conto anche del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini".

<sup>338</sup> Si bien el término general es el de "handicap" que, como tuvimos ocasión de comentar en el apartado 1.2 de esta obra, presenta dificultades a la hora de establecer paralelismos con nuestra terminología, máxime considerando que en italiano existe otro término, el de "disabilità", quizá más próximo al nuestro de discapacidad, y que es empleado en algunas normas, como en la Legge n. 68, de 12 de marzo de 1999 "Norme per il diritto al lavoro dei disabili". En general, el término "handicap", como vimos, hace referencia a una desventaja inicial.



que presentan discapacidad, el Decreto Legislativo de 9 de julio de 2003 lo hace sin atribuir la condición a la persona, utilizando la expresión “personas con discapacidad”<sup>339</sup>, a diferencia de lo que ocurría con normativa anterior<sup>340</sup>.

Por lo que se refiere al concepto de discapacidad, no aparece en la norma que incorpora la Directiva comunitaria, pero sí encontramos una definición en la Ley de 5 de febrero de 1992<sup>341</sup>, que en su artículo 3, al referirse a las personas acreedoras a los derechos de asistencia e integración social que la propia norma establece, dice que son personas con discapacidad aquellas que presentan una disminución física, psíquica o sensorial, estabilizada o progresiva, que es causa de dificultades de aprendizaje, de relación o de integración laboral que determinan un proceso de desventaja social o de exclusión<sup>342</sup>. Se trata de un concepto que apunta hacia el modelo social de discapacidad, puesto que resalta las desventajas sociales que la discapacidad puede producir, si bien establece tres planos de dificultad provocados por las disminuciones físicas o sensoriales: la dificultad en el aprendizaje, la dificultad en las relaciones y la dificultad en la integración laboral. Así, estamos ante una secuencia que determina la presencia de la discapacidad y, en consecuencia, la necesidad de actuación para evitar la discriminación, que es la siguiente: presencia de alteraciones físicas, psíquicas o sensoriales que provocan dificultades en alguno o en todos los niveles descritos (aprendizaje, relaciones sociales e integración laboral) cuya consecuencia última es la marginación social. Así pues, el primer paso de la secuencia requiere la valoración de esas alteraciones o disminuciones<sup>343</sup>, pero no determina necesariamente la existencia de discapacidad desde el punto de vista de la asunción de los derechos específicos que contempla la Ley de 5 de febrero de

---

<sup>339</sup> “Persone portatrici di handicap”.

<sup>340</sup> En la Ley de 5 de febrero de 1992, a la que nos referiremos en el párrafo anterior, se utiliza la expresión “handicappate”, que puede ser traducida como “discapacitados”. En esta misma Ley se utiliza también la expresión *minorazione*, equivalente a nuestros términos *disminución* o *minusvalía*.

<sup>341</sup> Legge 5 febbraio 1992, n. 104 (in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 17 febbraio, n. 39). - Leggequadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate.

<sup>342</sup> Texto original: “È persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione”.

<sup>343</sup> La imprescindible “fase médica” que requiere valoración e informe de la situación de una persona desde este punto de vista. En este sentido, la Ley italiana abunda en aspectos médicos en relación con la asistencia, la rehabilitación o la detección precoz.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

1992, salvo que se presenten el resto de pasos de la secuencia (deficiencia-dificultad-exclusión).

El procedimiento para la determinación y reconocimiento de la discapacidad, en ese primer estadio de carácter marcadamente médico, está regulado en el Decreto Legislativo de 23 de noviembre de 1988<sup>344</sup>, que utiliza como base la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías. Por otra parte, y al igual que sucede con la normativa alemana, en Italia también se han incorporado previsiones específicas para los supuestos de discapacidades de especial gravedad<sup>345</sup>, si bien no limita las acciones antidiscriminatorias ni atenúa el principio de igualdad de trato fuera de estos casos<sup>346</sup>, sino que los presenta como especialmente acreedores del esfuerzo social de integración que requieren, implicando de un modo decidido a todas las Administraciones públicas en esta causa<sup>347</sup>.

Finalmente, por lo que se refiere a la normativa italiana reguladora de la igualdad de oportunidades en el empleo y de la integración laboral de las personas con discapacidad, hay que comenzar señalando que ya la Ley de 5 de febrero de 1992 trataba la cuestión en su artículo 18, trasladando a las regiones la obligación de mantener un registro de entidades implicadas en la integración laboral de las personas con discapacidad. Por otra parte, la Ley de 12 de marzo de 1999<sup>348</sup>, sin replantear el concepto de discapacidad interviene en el mismo al definir su ámbito de aplicación, en el que se incluyen cuatro grupos de personas. Son los siguientes:

---

<sup>344</sup> Este Decreto número 509 contiene las normas para la revisión de las categorías de la minusvalía y enfermedades invalidantes, así como de los beneficios previstos por la legislación vigente para las mismas categorías, en virtud del artículo 2, párrafo 1, de la Ley número 291, de 26 julio 1988.

<sup>345</sup> Artículo 10 de la Ley de 5 de febrero de 1992.

<sup>346</sup> La accesibilidad universal y el derecho a la adaptación, por ejemplo, se establecen como principios generales de integración de todas las personas con discapacidad.

<sup>347</sup> No obstante, el artículo 3.3 de la Ley de 5 de febrero de 1992 establece que "Las situaciones reconocidas de gravedad determinan la prioridad en los programas y en la intervención de los servicios públicos".

<sup>348</sup> Ley número 68 "Norme per il diritto al lavoro dei disabili", publicada en el Supplemento Ordinario n. 57/L de la Gazzetta Ufficiale, de 23 marzo 1999.

- Personas en edad laboral afectadas por discapacidad físicas, mentales o sensoriales, así como aquellos que presentan discapacidad intelectual, que impliquen una reducción de la capacidad laboral superior al 45 por ciento, comprobada por las autoridades competentes para el reconocimiento de la invalidez civil de conformidad con normativa vigente.
- Personas incapacitadas para el trabajo con un grado de invalidez superior al 33 por ciento, comprobada por el Instituto Nacional para el seguro contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales (INAIL) en función de las disposiciones vigentes.
- Personas invidentes o sordomudas, de acuerdo con la normativa vigente.
- Inválidos de guerra, inválidos civiles de guerra e inválidos de servicio con discapacidad incluidos en las categorías primera a la octava de los cuadros contenidos en el Decreto n. 915, del Presidente de la República, 23 diciembre 1978.

Las medidas que la Ley de 12 de marzo de 1999 presenta para la integración laboral de las personas con discapacidad incluyen cuotas de reserva en el empleo, servicios específicos de intermediación laboral y colocación, así como normas especiales de acceso al trabajo, y diversos incentivos para la contratación de personas con discapacidad. En definitiva, se trata de medidas de acción positiva implantadas desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades como condición de la lucha contra la discriminación laboral de las personas con discapacidad.

### **2.3.5 Estados Unidos**

Sin duda alguna, la normativa estadounidense en materia de discapacidad constituye uno de los referentes internacionales más relevantes a la hora del estudio de esta disciplina, tanto por lo que hace referencia a la determinación conceptual de la discapacidad misma como por lo relativo a los mecanismos de lucha contra la discriminación y a la incentivación de la integración social y laboral de las personas con discapacidad.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

La incorporación del modelo social de discapacidad en Estados Unidos se produce de manera inequívoca con la aprobación en 1990 de la Americans with Disabilities Act<sup>349</sup>, que incorpora un concepto de discapacidad marcadamente inspirado en el modelo social. Así, en su sección 12102 se dice que, por lo que se refiere a un individuo, el término discapacidad<sup>350</sup> significa un daño físico o mental que considerablemente limita una o varias actividades principales de la vida de tal individuo, o bien un antecedente de ese daño o la consideración de que ese individuo tiene una deficiencia de ese tipo, en el sentido de que demuestra que ha sido sujeto de una acción prohibida por la propia ADA debido a daño físico o mental, real o percibido, si realmente se produce una limitación de una actividad esencial de la vida<sup>351</sup>. Se trata, pues, de una definición considerablemente amplia de la discapacidad, entendida en el sentido de una circunstancia limitativa de las actividades principales de la vida, y reforzada con un criterio expansivo que la propia ADA introduce<sup>352</sup> y que viene a imponer que esta definición sea interpretada a favor de la más amplia cobertura de individuos, en los términos de la propia norma, algo que no siempre se había podido apreciar en la práctica judicial estadounidense<sup>353</sup>.

En el ámbito del empleo de las personas con discapacidad, la gran cantidad de decisiones de la Corte Suprema en casos de posible existencia de discriminación por razón de discapacidad pone de manifiesto la trascendencia de esta cuestión

---

<sup>349</sup> Con las modificaciones introducidas por la ADA Amendments Act de 2008, que entró en vigor el 1 de enero de 2009.

<sup>350</sup> El término original en inglés es "disability".

<sup>351</sup> No obstante, no se aplicará a deficiencias transitorias, entendiéndose por tales aquellas cuya duración real o prevista sea no sea superior a seis meses.

<sup>352</sup> Aunque no lo hará hasta 2009 con la entrada en vigor de las modificaciones introducidas por la ADA Amendments Act.

<sup>353</sup> POWELL, R.: «Beyond Lane: Who is Protected By the Americans With Disabilities Act, Who Should Be?», Denver University Law Review, Vol. 82:1, No. 25, 2004, pág. 39. El autor analiza la evolución jurisprudencial en esta materia y comenta con detenimiento cuatro casos concretos (Toyota Motor Manufacturing v. Williams, Chevron v. Echazabal, U.S. Airways v. Barnett, y Tenesse v. Lane) para poner de manifiesto con su análisis crítico las dificultades para que en la práctica judicial se apliquen los criterios interpretativos expansivos de la ADA. El autor censura los restrictivos criterios jurisprudenciales a la hora de apreciar la existencia de una discapacidad en los términos de la ADA, tanto por lo que se refiere a las limitaciones sustanciales que provoca la discapacidad como a la concreción de las actividades principales de la vida, y se decanta de modo inequívoco hacia un concepto social de discapacidad que supere los viejos planteamientos médicos. La decisión con la que presenta su postura se resume claramente en la siguiente frase: "Hay grandes grupos de personas que se hallan estigmatizadas, pero no padecen un daño físico o mental".

en Estados Unidos y, una vez analizada la jurisprudencia, la extraordinaria dificultad para establecer criterios homogéneos y estables que se compadezcan con el contenido de la ADA. En este sentido, las modificaciones introducidas en esta norma por la ADA Amendments Act y que están en vigor desde 2009 han supuesto, en cierto modo, un alivio a ciertas tensiones provocadas por la rigidez del alto tribunal norteamericano en la interpretación de algunos de los aspectos básicos del concepto de discapacidad de la ADA. Con la finalidad de concretar algunos de estos aspectos, se introducen reglas más precisas para determinar el alcance de los elementos que integran la definición de discapacidad, tales como las actividades principales de la vida<sup>354</sup> que se ven limitadas por aquélla, o el alcance de esas mismas limitaciones para que puedan ser consideradas sustanciales a efectos de aplicación de la ADA. Entre las actividades que son consideradas principales para la vida se incluyen ahora las de ocuparse de uno mismo, realizar tareas manuales, ver, oír, comer, dormir, pasear, estar de pie, levantarse, agacharse, hablar, respirar, estudiar, leer, concentrarse, pensar, comunicarse, y trabajar<sup>355</sup>. Por lo que se refiere a la limitación sustancial, se incide, como vimos, en la necesidad de que tal circunstancia sea interpretada en sentido amplio para que permita incluir al mayor número de individuos posible, eliminando la habitual exigencia jurisprudencial de que se deba tener en cuenta la existencia de medidas compensatorias de los efectos de la deficiencia para determinar si se produce o no esa limitación sustancial de una actividad principal de la vida diaria.

Sin duda, el planteamiento del derecho estadounidense de la discapacidad es un ejemplo casi puro del modelo social y puede apreciarse en él una superación de los antiguos planteamientos médicos y rehabilitadores que todavía son muy perceptibles en las normativas europeas que hemos tenido ocasión de analizar anteriormente. Este modelo se reflejará de manera nítida en la regulación de los

---

<sup>354</sup> Ya existía en el Reglamento elaborado por la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo (Title 29 of the Code of Federal Regulations, Part 130) un listado abierto de actividades de la vida que han de tener la consideración de principales, pero a partir de 2009 se incorpora, ampliada, esa enumeración a la ADA.

<sup>355</sup> Sec. 12102 (2) de la ADA, texto original: "For purposes of paragraph (1), major life activities include, but are not limited to, caring for oneself, performing manual tasks, seeing, hearing, eating, sleeping, walking, standing, lifting, bending, speaking, breathing, learning, reading, concentrating, thinking, communicating, and working".

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

mecanismos de lucha contra la discriminación en el empleo de las personas con discapacidad, a los que la ADA dedica las secciones 12111 a 12117, en las que junto a las definiciones básicas necesarias para precisar el contenido normativo<sup>356</sup>, se introduce una regla general en relación con la discriminación en el sentido de prohibirla expresamente sobre la base de la discapacidad y con respecto, entre otros, a procedimientos de solicitud de trabajo, contratación, retribución, promoción, formación o promoción profesional<sup>357</sup>. Además, se regulan medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y se refuerzan los procedimientos para hacer efectivo este principio.

### 2.3.6 México

La normativa mexicana vigente en materia de discapacidad tiene como núcleo central la Ley General de las Personas con Discapacidad de 2005<sup>358</sup>. No obstante, con carácter previo conviene hacer una breve referencia a la denominada “Declaración de Cartagena de Indias sobre políticas integrales para las personas con discapacidad en el área Iberoamericana”, emanada de la Conferencia Intergubernamental Iberoamericana sobre Políticas para Personas Ancianas y Personas Discapacitadas, celebrada en Cartagena de Indias (Colombia), entre los días 27 y 30 de octubre de 1992<sup>359</sup>. En esta Declaración se establecen cuatro objetivos prioritarios de las políticas de discapacidad en este ámbito: la prevención de la aparición de deficiencias causantes de discapacidad, la puesta a disposición de recursos y medios capaces de facilitar el máximo

---

<sup>356</sup> Destaca la de los ajustes razonables (“reasonable accommodation”), que comprenden la construcción de instalaciones que puedan ser usadas por los empleados de un modo fácilmente accesible cuando se trate de personas con discapacidad, así como medidas de reestructuración de trabajo, programas de trabajo de media jornada o modificados, reasignación de puestos de trabajo, adquisición o modificación de equipo o dispositivos, adaptaciones de exámenes, formación y materiales, provisión de lectores calificados o intérpretes, y otros ajustes similares para individuos con discapacidad.

<sup>357</sup> Sec. 12112 (a) de la ADA, texto original: “No covered entity shall discriminate against a qualified individual on the basis of disability in regard to job application procedures, the hiring, advancement, or discharge of employees, employee compensation, job training, and other terms, conditions, and privileges of employment”.

<sup>358</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2005 y cuyo texto vigente se halla publicado en el Diario Oficial de la Federación de 1 de agosto de 2008.

<sup>359</sup> Los países reunidos en esta Conferencia fueron, además de México, Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

desarrollo personal, la garantía de la participación plena de las personas con discapacidad en la vida social, luchando contra toda forma de discriminación, y la contribución a alcanzar las mayores cotas de autonomía posibles para las personas con discapacidad. Los principios que deben regir estas políticas, para permitir la consecución de los objetivos propuestos son universalidad, normalización y democratización. Pero en lo que al análisis del concepto de discapacidad interesa, la Declaración de Cartagena de Indias supone la asunción de una definición de cierto alcance internacional, si bien no exactamente asumida en cada caso por las legislaciones internas, pero que aporta elementos de análisis interesantes. Así, se distingue entre deficiencia, discapacidad y minusvalía<sup>360</sup>, realizando las siguientes descripciones:

- Deficiencia es toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica.
- Discapacidad es 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 es una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita e impide el desempeño de un rol que es normal en su caso, en función de la edad, del sexo y de los factores sociales y culturales concurrentes.

La presencia del modelo médico de discapacidad en esta formulación es evidente, junto a una separación de términos un tanto artificiosa, muy especialmente por lo que hace referencia a la distinción entre discapacidad y minusvalía, ya que en realidad lo que parece querer plantearse es la diferencia entre las dificultades o limitaciones que generan las deficiencias y la marginalidad o exclusión social que tales limitaciones pueden provocar. De hecho, se presenta la minusvalía como una consecuencia de la discapacidad, que a su vez es causada por una deficiencia, pretendiendo crear una diferencia categórica entre términos conceptualmente próximos. Lo cierto es que, más allá del esfuerzo por establecer

---

<sup>360</sup> La presencia del modelo de Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la Organización Mundial de la Salud es evidente en este planteamiento de la Declaración de Cartagena de Indias.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

vínculos de cooperación entre los firmantes de la Declaración<sup>361</sup> en esta materia, el aporte real, desde el punto de vista conceptual, no es especialmente apreciable.

Entrando en el análisis de la normativa mexicana, el artículo segundo de la ya mencionada Ley General de las Personas con Discapacidad de 2005 contiene un total de catorce definiciones que pretenden precisar el contenido de la regulación. A los efectos de este apartado, nos interesa especialmente la decimoprimeras de estas definiciones, que se refiere a la “Persona con Discapacidad” para decir que es “toda persona que presenta una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

La presencia de la influencia del poderoso vecino septentrional es más que evidente en esta definición, muy especialmente al incorporar uno de los elementos esenciales del concepto de discapacidad de la ADA estadounidense, que es el de la limitación de las actividades esenciales de la vida diaria<sup>362</sup>. No obstante, destaca la presencia de un elemento peculiar y marcadamente social en la Ley mexicana, relativo a la relación de causalidad entre esas limitaciones y el entorno económico y social<sup>363</sup>. Así, parece deducirse que las consecuencias negativas generadas en la vida diaria pueden tener como origen las deficiencias físicas, mentales o sensoriales, pero también el entorno económico y social; de hecho, estamos ante una ampliación del concepto clásico de discapacidad, incluso del propio del modelo social, que acoge una doble posibilidad –médica y social- respecto del origen de las limitaciones de la capacidad. No obstante, del contenido de la propia norma y de la práctica administrativa generalizada en materia de discapacidad se deduce que la interpretación del precepto se orienta más hacia la posibilidad de que las circunstancias económicas y sociales

---

<sup>361</sup> VERDUGO ALONSO, M.: *Personas con discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras*, Madrid, Siglo XXI de España Editores S.A., 2005, pág. 1.336.

<sup>362</sup> En este caso, sin calificar esas limitaciones, que en la norma estadounidense han de ser “sustanciales”.

<sup>363</sup> Se dice que pueden estas circunstancias “no médicas” agravar las limitaciones en la capacidad para ejercer actividades esenciales de la vida diaria, pero también pueden causarlas.



coadyuven con las médicas en la limitación de la capacidad, pero generalmente no se plantea la posibilidad de que sean las únicas presentes.

La Ley General de las Personas con Discapacidad trata de las cuestiones relativas al empleo de las personas con discapacidad en su artículo 9, proponiendo medidas de acción positiva tendentes a garantizar la ausencia de discriminación y a favorecer, mediante políticas de integración, capacitación y asistencia técnica, la igualdad efectiva de trato de estas personas. Junto a estas medidas, la Ley regula otras relacionadas con la salud, la habilitación y rehabilitación, la educación, el equipamiento, la accesibilidad arquitectónica, el transporte, las telecomunicaciones, la vivienda, la asistencia social y jurídica, el arte y la cultura.

### 2.3.7 Argentina

El marco normativo de la discapacidad en Argentina viene constituido esencialmente por las Leyes 24.901 y 22.431. La Ley 24.901<sup>364</sup> regula el Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, constituyendo un compendio de acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindar a las personas con discapacidad una cobertura integral de sus necesidades y requerimientos. No obstante, el concepto legal de discapacidad ya aparecía en la Ley 22.431<sup>365</sup>, que regula un “Sistema de protección integral de las personas discapacitadas”, cuyo artículo 2 establece que “se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”. Por su parte, la Ley 24.901, en su artículo 9, remite a esta definición de la Ley 22.431, pero introduciendo ciertos matices: “entiéndese por persona con discapacidad, conforme lo establecido por el artículo 2º de la ley 22.431, a toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o

---

<sup>364</sup> Sancionada el 5 de noviembre de 1997 y promulgada el 2 de diciembre de 1997 (BO de 5 de diciembre de 1997).

<sup>365</sup> Ley de 16 de marzo de 1981 (BO de 20 de marzo de 1981).

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables en su integración familiar, social, educacional o laboral”.

En uno y otro caso nos hallamos ante conceptos de discapacidad que tienen claramente su origen en los modelos médicos, puesto que necesariamente parten de la constatación de la existencia de alteraciones funcionales de las que se derivan desventajas en distintos ámbitos de la vida. La definición de la Ley 24.901 sustituye la referencia a las alteraciones “físicas” por las “motoras o sensoriales”, con un acierto descriptivo digno de ser imitado, ya que en otras legislaciones<sup>366</sup> se distingue entre discapacidades físicas y sensoriales, cuando éstas no son sino una subespecie de aquéllas<sup>367</sup>. Por otra parte, la última de las dos definiciones delimita más precisamente el concepto al exigir, acertadamente, que las desventajas para la integración se analicen “en relación a su edad y medio social” de la persona con discapacidad. En todo caso, se trata de un concepto de discapacidad que todavía presenta cierta distancia con otros modelos sociales, como el estadounidense, en los que la presencia de las exigencias médicas no son prevalentes a la hora de determinar la existencia de una discapacidad.

Por lo que hace referencia a las cuestiones procedimentales, el artículo 3 de la Ley 22.431 establece que la Secretaría de Estado de Salud Pública certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado. En el caso argentino resulta especialmente interesante la previsión de que la autoridad certificadora de la discapacidad deberá indicar, además, y teniendo en cuenta la personalidad y los antecedentes del afectado, qué tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar. Una vez obtenido el certificado, éste acreditará plenamente la discapacidad en todos los supuestos en que sea necesario invocarla, salvo en materia de jubilaciones y pensiones<sup>368</sup>. En este sentido, hay que señalar que la

---

<sup>366</sup> La española es un claro ejemplo (artículo 41 de la CE).

<sup>367</sup> No obstante, lo cierto es que existen discapacidades físicas distintas de las motoras o sensoriales, como ocurre con los casos de alteraciones funcionales orgánicas, no necesariamente motoras o sensoriales. Nuevamente se manifiesta la dificultad, constante en el análisis de las distintas normativas, para encontrar una definición precisa de la discapacidad.

<sup>368</sup> En este ámbito resultan de aplicación los artículos 33 y 35 de la Ley 18.037 (BO de 10/01/1969), sobre Nuevo régimen de jubilaciones y pensiones para los trabajadores en relación

normativa argentina contiene también previsiones para la jubilación de las personas con discapacidad<sup>369</sup>.

Finalmente, la normativa argentina contiene también medidas de acción positiva para la efectiva igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en relación con el empleo y para evitar discriminaciones por esta causa. Así, el artículo 23 de la Ley 24.901 hace referencia a la "formación laboral", definiéndola como el proceso de capacitación cuya finalidad es la preparación adecuada de una persona con discapacidad para su inserción en el mundo del trabajo; este proceso se considera de carácter educativo y sistemático y debe contar con un programa específico, de una duración determinada y estar aprobado por organismos oficiales competentes en la materia. Por su parte, la Ley 22.431, y otras normas posteriores, han venido contemplando beneficios fiscales e incentivos económicos relacionados con la contratación laboral de personas con discapacidad<sup>370</sup>. En esta misma Ley 22.431 se regulan, a favor de las personas con discapacidad, cuotas de reserva de empleo público<sup>371</sup>, medidas de preferencia en las concesiones públicas<sup>372</sup> y de apoyo a la creación de talleres protegidos<sup>373</sup>. Sorprende, no obstante, que en todo el texto de una Ley de protección integral de las personas con discapacidad no aparezca expresamente

---

de dependencia, y 23 de la Ley 18.038 (BO de 10/01/1969), sobre Nuevo régimen de jubilaciones y pensiones para los trabajadores autónomos.

<sup>369</sup> Ley 20.475, de 23 de mayo de 1973 (BO de 6 de junio de 1973) sobre "Otorgamiento del beneficio jubilatorio a los discapacitados", que contempla tanto supuestos de jubilación ordinaria como otros de jubilación por invalidez. Por cierto, el artículo 25 de la Ley 22.431 estableció lo siguiente: Sustitúyese en el texto de la Ley 20.475 la expresión "*minusválidos*" por "*discapacitados*".

<sup>370</sup> El artículo 23 de la Ley 22.431, por ejemplo, establece que los empleadores que concedan empleo a personas discapacitadas tendrán derecho al cómputo, a opción del contribuyente, de una deducción especial en la determinación del Impuesto a las ganancias o sobre los capitales, equivalente al setenta por ciento (70%) de las retribuciones correspondientes al personal discapacitado en cada período fiscal.

<sup>371</sup> El artículo 8 establece que el Estado nacional -entendiéndose por tal los tres poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos- están obligados a ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas.

<sup>372</sup> El artículo 11 obliga al Estado nacional a otorgar en concesión, a personas con discapacidad, espacios para pequeños comercios en toda sede administrativa.

<sup>373</sup> Art. 12.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

referencia alguna a la lucha contra la discriminación, aunque se establezcan medidas de accesibilidad y requerimientos de adaptación con esa finalidad<sup>374</sup>.

### 2.3.8 Australia

Para finalizar este recorrido por las normativas internas sobre discapacidad de algunos países, examinaremos la de Australia. La Disability Discrimination Act de 1992 (DDA-Aus)<sup>375</sup> constituye la norma básica en esta materia y contiene el concepto de discapacidad que continúa vigente en Australia, aunque el texto de la norma ha sufrido algunas modificaciones desde su publicación<sup>376</sup>. La DDA-Aus puede ser considerada una verdadera norma antidiscriminación<sup>377</sup>, comprensiva de todos los mecanismos destinados a garantizar la igualdad de oportunidades que son comunes en las modernas legislaciones, y contenedora de un concepto de discapacidad en el que no resaltan los principios inspiradores del llamado modelo social.

Así, en el artículo 4 de la DDA-Aus, dentro de un amplio catálogo de conceptos y definiciones, aparece el de discapacidad. Se dice que la discapacidad significa, en relación con una persona, lo siguiente<sup>378</sup>:

---

<sup>374</sup> Arts. 21 y 22.

<sup>375</sup> Act No. 135 of 1992.

<sup>376</sup> La última de las cuales se introdujo por Act No. 124 of 2009.

<sup>377</sup> Al definir el objeto de la norma, en su artículo tercero, establece que no es otro que el de eliminar, en la medida de lo posible, toda discriminación contra personas con discapacidad en las áreas de trabajo, vivienda, educación, accesibilidad y deporte, así como en la provisión de bienes, instalaciones, y servicios.

<sup>378</sup> Texto original: "disability, in relation to a person, means:

(a) total or partial loss of the person's bodily or mental functions; or

(b) total or partial loss of a part of the body; or

(c) the presence in the body of organisms causing disease or illness; or

(d) the presence in the body of organisms capable of causing disease or illness; or

(e) the malfunction, malformation or disfigurement of a part of the person's body; or

(f) a disorder or malfunction that results in the person learning differently from a person without the disorder or malfunction; or

(g) a disorder, illness or disease that affects a person's thought processes, perception of reality, emotions or judgment or that results in disturbed behaviour;

and includes a disability that:

(h) presently exists; or

(i) previously existed but no longer exists; or

(j) may exist in the future (including because of a genetic predisposition to that disability); or

(k) is imputed to a person".

## El concepto jurídico de discapacidad

---

- La pérdida total o parcial de las funciones corporales o mentales de la persona
- La pérdida total o parcial de una parte del cuerpo
- La presencia en el cuerpo de organismos que causan enfermedad
- la presencia en el cuerpo de organismos capaces de causar enfermedad
- Las disfunciones, la malformación o la desfiguración de una parte del cuerpo de la persona
- Un desorden o una disfunción que causan a la persona dificultades de aprendizaje, de manera que aprende de modo diferente al de una persona que no presenta el desorden o la disfunción
- Un desorden o una enfermedad que afectan a los procesos del pensamiento de una persona, o bien a la percepción de realidad, sus emociones o juicio, pudiendo causar un comportamiento desequilibrado

Así pues, se trata de un concepto de discapacidad marcadamente centrado en los aspectos médicos, aunque admite que se pueda tratar de una discapacidad presente, preexistente o que puede aparecer en el futuro, o bien de una discapacidad imputada a una persona. Por otra parte, resulta especialmente llamativa la amplitud del concepto, que no exige grados o intensidades de cada uno de los valores o parámetros que permiten determinar la presencia de discapacidad, de modo que lo relevante en el concepto legal de discapacidad es su existencia, por encima de su gravedad. En todo caso, esta formulación de la discapacidad tan vinculada a aspectos médicos hará que, como hemos visto en otros casos, la determinación técnica de la presencia de los elementos que configuran la presencia de la discapacidad sean especialmente relevantes, de modo que el procedimiento de evaluación y reconocimiento de los mismos constituye, en la práctica, una condición fundamental a la hora de determinar los mecanismos de protección a utilizar y, en ocasiones, un freno a la acción de las medidas anti-discriminatorias.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Por lo que hace referencia a la lucha contra la discriminación en el empleo, la DDA-Aus recoge los conceptos básicos de discriminación directa y discriminación indirecta que se han consolidado en la vigente normativa internacional. Después de definir los conceptos relativos al empleo y al trabajo de las personas con discapacidad en su prolijo artículo 4, la norma dedica la Division 1 de su Part 2 a la “Discriminación en el trabajo”, y contiene normas específicas para prevenir estas conductas en relación con el empleo y el desarrollo de la relación laboral, estableciendo como límite a las exigencias de ajustar razonablemente las condiciones que permitan hacer efectiva la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad la presencia de lo que la norma australiana denomina “dificultad injustificable”, y que supone la imposibilidad de exigencia al “discriminador” de medidas que pudieran suponer dificultades que razonablemente carecieran de justificación<sup>379</sup>. En todo caso, tampoco la normativa australiana vence el escollo de perfilar estos aspectos más allá del establecimiento de un concepto jurídicamente indeterminado que en la práctica puede suponer un freno a la lucha contra la discriminación.

Para finalizar, conviene hacer referencia a la Estrategia Nacional sobre Discapacidad (National Disability Strategy) 2010-2020<sup>380</sup>, que supone un intento de agrupar las distintas políticas relacionadas con la discapacidad a partir de los principios contenidos en la DDA-Aus.

Como colofón a este recorrido por las distintas legislaciones, nos referiremos a una declaración que contiene la Estrategia australiana, antes mencionada, y que difícilmente puede ser rechazada por la universalidad de su contenido y por la contundencia de su formulación; así, citando a la National People with Disabilities and Carer Council<sup>381</sup>, se dice que las personas con discapacidad quieren una transformación de sus vidas, desde la incorporación de los derechos humanos universales y con acceso a las cosas que todos los demás en la comunidad dan por sentado. En este sentido, se invocan como deseos legítimos de las personas

---

<sup>379</sup> Texto original: “This Division does not render it unlawful for a person (the discriminator) to discriminate against another person on the ground of a disability of the other person if avoiding the discrimination would impose an unjustifiable hardship on the discriminator”.

<sup>380</sup> Canberra, 13 de febrero de 2011.

<sup>381</sup> “Shut Out: The Experience of People with Disabilities and their Families in Australia (2009)”.

con discapacidad la vivienda, el trabajo, la mejor asistencia médica, una buena educación, y posibilidades de disfrutar de amigos, familia y aficiones, con plena participación en la vida de la comunidad y con la asunción por parte de ésta de las necesidades de cambio<sup>382</sup>.

### **2.4 El concepto de discapacidad en la normativa española en relación con la regulación del empleo de las personas con discapacidad**

#### **2.4.1 Antecedentes y evolución histórica hasta la Constitución de 1978**

##### **A) La discapacidad y el nacimiento de la Seguridad Social**

Hemos tenido ocasión de comprobar que la definición de un concepto de discapacidad ha sido una tarea compleja a nivel internacional y que en la normativa interna de la mayoría de los países se ha tratado de maneras diversas y con alcances distintos. En última instancia, es innegable que en este caso los aspectos conceptuales adquieren especial relevancia, puesto que se trata de definir un ámbito de especial protección desde el punto de vista del Derecho y, por tanto, la definición conceptual determina en última instancia el alcance auténtico de esa protección. No obstante, ya hemos visto cómo el Derecho de la Discapacidad tiene íntima relación con derechos fundamentales y, muy especialmente, con la efectiva aplicación del principio de igualdad y con el diseño de políticas antidiscriminatorias eficaces. Por otra parte, el tratamiento legislativo de esta materia en los distintos períodos históricos permite determinar las motivaciones particulares que han guiado la actuación legislativa en cada momento y, en última instancia, pone de manifiesto un gradual aumento de la

---

<sup>382</sup> Texto original: "People with disabilities want to bring about a transformation of their lives. They want their human rights recognised and realised. They want the things that everyone else in the community takes for granted. They want somewhere to live, a job, better health care, a good education, a chance to enjoy the company of friends and family, to go to the footy and to go to the movies. They want the chance to participate meaningfully in the life of the community. And they are hopeful. They desire change and they want others in the community to share their vision. They recognise that governments cannot work in isolation and they want others to see the benefits of building more inclusive communities".

sensibilidad en la producción de las normas hacia la realidad de las personas con discapacidad<sup>383</sup>.

La cuestión se ha presentado también en España con la complejidad que la ha caracterizado en otros ámbitos, si bien con las peculiaridades que la historia de nuestro país ha presentado en la pasada centuria respecto de los países de nuestro entorno, que explican la demora en la introducción de las nuevas tendencias legislativas que resultaban claramente apreciables en la mayoría de los países europeos<sup>384</sup>. No obstante estas peculiares circunstancias históricas, también en el Derecho Español es apreciable la evolución conceptual respecto de la discapacidad desde un modelo médico o terapéutico hacia un modelo social, constituyendo esta evolución un cambio de perspectiva desde una óptica paternalista a una visión positivista,<sup>385</sup> muy asimilable a otros modelos de este tipo presentes en otros países europeos y, en muchos aspectos, cercanos al concepto de discapacidad estadounidense.

Más allá de la diversidad de términos que el legislador ha venido utilizando para referirse a la discapacidad y a las personas que la presentan, y que hemos tenido ocasión de analizar en la primera parte de esta obra, no admite duda alguna el sentido acusadamente paternalista, e incluso piadoso y protector que la normativa española del Siglo XIX y de buena parte de la del Siglo XX han adoptado<sup>386</sup>. Consecuencia inmediata de este planteamiento paternalista es la ausencia de la concepción de derechos derivados de la discapacidad, que no es contemplada como una situación merecedora de atención legislativa y de esfuerzo social de adaptación, sino más bien como una circunstancia negativa que afecta a ciertas personas y que, en todo caso, merece la atención médica y la conmiseración

---

<sup>383</sup> GARCÍA QUIÑONES, J.: «El concepto jurídico laboral de discapacitado», en VALDÉS DAL-RE, F. (Director) y LAHERA FORTEZA, J. (Coordinador): *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 30.

<sup>384</sup> PEREDA, C., DE PRADA, M. y ACTIS, W (COLECTIVO IOE): *La inserció laboral de les persones amb discapacitats*, op. cit., pág. 23.

<sup>385</sup> VILLA FERNÁNDEZ, N.: *La inclusión progresiva de las personas con discapacidad intelectual en el mundo laboral*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, pág. 67.

<sup>386</sup> TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, op. cit., pág. 28. Refiere el autor la apelación a las "cristianas iniciativas", a la "piadosa solicitud" y a la "caridad particular" que aparecieron en la publicación del Decreto de 11 de enero de 1887 por el que se crea el Asilo para Inválidos del Trabajo en el Palacio de Vista Alegre.



social. Así, ninguno de los textos constitucionales que han precedido al vigente contiene referencia alguna a los derechos específicos de las personas con discapacidad en relación con el empleo<sup>387</sup>, y en el mejor de los casos hacen referencia genérica a los derechos de los ciudadanos al trabajo y a la elección de profesión<sup>388</sup>.

La aparición de la Seguridad Social supondrá un cambio cultural, desde el punto de vista de los derechos sociales, que provocará una profunda revisión de los conceptos que hasta entonces habían predominado en la definición de las políticas legislativas, también en relación con la discapacidad. Aun con las dificultades que presenta, y que hemos tenido ocasión de analizar, perfilar adecuadamente conceptos tan próximos como los de deficiencia, minusvalía y discapacidad, o la enorme carga semántica que en ocasiones tiene la terminología, lo cierto es que cuando el modelo de Seguridad Social implantado por Otto Von Bismark en Alemania se extiende por Europa, arrastra con él un incremento de la preocupación del legislador por una realidad social innegable, y que no es otra que la de la presencia de circunstancias personales y sociales que dificultan el normal desarrollo de una persona en los distintos ámbitos de su vida, tanto individuales como colectivos. Así, en la que venimos considerando nuestra primera norma de Seguridad Social, es decir, en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900<sup>389</sup>, se hace referencia expresa a esta realidad social y se enfatiza la necesidad de actuar frente a las negativas consecuencias que las distintas formas de discapacidad comportan para los afectados. Aun desde la limitada perspectiva de esta norma, que restringe su ámbito de acción a quienes

---

<sup>387</sup> Tanto es así que ni la primera Constitución española, en 1812, ni las que le sucedieron en 1837, 1845 y 1869, se contiene referencia alguna a los derechos de los ciudadanos con relación al empleo más allá que el del acceso a los empleos y cargos públicos.

<sup>388</sup> Tal reconocimiento se produce por primera vez en la Constitución de 1876, cuyo artículo 12 establece, en su primer párrafo, lo siguiente: "Cada cual es libre de elegir su profesión y de aprenderla como mejor le parezca. Todo español podrá fundar y sostener establecimientos de instrucción ó de educación, con arreglo á las leyes".

<sup>389</sup> Al menos, podemos afirmar que oficialmente ha tenido tal consideración, ya que desde el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se promovieron durante el año 2000 diversos actos conmemorativos del centenario de la publicación de esta norma, presentados como la conmemoración del nacimiento de la Seguridad Social en España. No obstante, es sabido que en realidad el año 1900 marca el comienzo de una nueva política de protección social que dará lugar a los denominados Seguros Sociales, pero sin constituir en sentido estricto un verdadero sistema de Seguridad Social, puesto que éste no aparecerá en España hasta la entrada en vigor, el día 1 de enero de 1967, de nuestra primera Ley General de la Seguridad Social.

sufren accidentes de trabajo, lo cierto es que estas personas, desprotegidas y necesitadas de tutela, se convierten en una nueva preocupación para el legislador<sup>390</sup>. La creación del Instituto Nacional de Previsión<sup>391</sup> y la sucesiva aparición de distintos seguros sociales reforzarán ese creciente interés legislativo y, aunque desde una concepción marcadamente terapéutica o rehabilitadora, harán cada vez más apreciable la presencia de la discapacidad en la normativa española.

## **B) La discapacidad en la II República**

La Constitución republicana de 1931 supone un cambio radical en la concepción del modelo de Estado y particularmente en la configuración jurídica de la relación laboral desde el reconocimiento expreso, por primera vez en nuestra historia constitucional, de lo que ahora denominamos derechos sociales, estableciendo que el trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes<sup>392</sup>. Esta apertura hacia un marco regulador de los derechos sociales, que se verá reforzada con la incorporación al derecho interno de un importante número de Convenios de la OIT ratificados por España en esta época, no tendrá, sin embargo, consecuencias directas en el reconocimiento expreso de los derechos de las personas con discapacidad en relación con el empleo. No extraña, por tanto, que tal regulación específica tampoco se halle en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, manteniendo de este modo el silencio

---

<sup>390</sup> ESPUNY TOMÁS, M.: «Los accidentes de trabajo: perspectiva histórica», Universitat Pompeu Fabra, *Iuslabor* 03/2005, Art. 16. La autora, citando a M. Dolores de la Calle Velasco, refiere diversas iniciativas legislativas frustradas con anterioridad a la publicación de la Ley de Accidentes de Trabajo, de entre las que destacan el Proyecto de Bases destinado al establecimiento de cajas para socorrer a los obreros enfermos, a los inválidos y a sus herederos (1886), las Bases para una Ley sobre Inválidos de Trabajo (1887), el Proyecto de Ley de indemnización a los obreros que se inutilizan en el trabajo (1888), el Proyecto de Ley de Responsabilidad Industrial (1890) y el Proyecto sobre Responsabilidad Industrial (1893-1894).

<sup>391</sup> Ley de 27 de febrero de 1908.

<sup>392</sup> Así comienza el artículo 46 de la Constitución republicana, que se completa con el siguiente párrafo: “La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación, la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores”.

normativo que ya había presentado el Código de Trabajo de 1926. En última instancia, la omisión de regulación es también una forma de regulación, ya que reafirma una concepción médica y rehabilitadora de la discapacidad que hace que su ámbito de regulación natural sea el de la asistencia médica y, en última instancia, el de la beneficencia social. Tanto es así que uno de los síntomas inequívocos de la evolución desde este modelo terapéutico hacia un modelo social será precisamente el cambio de escenario normativo, con un desplazamiento de los ámbitos legislativos hacia la regulación de los derechos de las personas con discapacidad en los distintos ámbitos de la vida en sociedad.

Tras la caída de la II República, el advenimiento de la dictadura militar no podía augurar grandes movimientos en la evolución de la regulación de los derechos de las personas con discapacidad en España y, desafortunadamente el nuevo régimen no defraudó esas pobres expectativas, más allá de la proliferación de normas relacionadas con el reconocimiento de derechos a quienes padecían discapacidades derivadas del ejercicio de la profesión militar, y siempre que éste se hubiera llevado a cabo, como no podía ser de otro modo, del lado de los vencedores<sup>393</sup>. No obstante, en la segunda mitad del Siglo XX comienza a apreciarse una cada vez mayor presencia de normativa reglamentaria que relaciona discapacidad y trabajo.

### **C) La regulación de la discapacidad en el franquismo**

Con algún precedente menos relevante, destaca entre esta normativa la Orden de 7 de noviembre de 1968<sup>394</sup>, por la que se conceden ayudas a Centros de Empleo Protegido para Trabajadores *Minusválidos*, y que supone el desarrollo del VII Plan de Inversiones del Fondo Nacional de Protección al Trabajo para 1968 que contenía la Orden de 15 de enero de ese mismo año. La citada Orden de 7 de noviembre de 1968 contiene diversas medidas de apoyo a la contratación laboral

---

<sup>393</sup> Franco encomendó a Millán Astray, que pertenecía al Cuerpo de Inválidos Militares, la creación de un cuerpo que aglutinara a todos los heridos de guerra, naciendo de este modo, por Decreto de 5 de abril de 1938, el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria. Curiosamente, esta normativa tendrá continuidad aun después de la extinción de la dictadura, hasta que la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional —que fue derogada por la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas— deroga la entonces vigente Ley 5/1976, de 11 de marzo, de Mutilados de Guerra por la Patria, y en su Disposición Final Sexta declara a extinguir este Cuerpo.

<sup>394</sup> BOE de 7 de noviembre de 1968.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

de personas con discapacidad en los denominados “Centros Especiales para Trabajadores *Minusválidos*”, que son el antecedente más destacado de los actuales Centros Especiales de Empleo<sup>395</sup>. La norma acoge la terminología al uso en la época, utilizando genéricamente la expresión “*minusválido*”, e incluyendo una definición que nos permite centrar conceptualmente esta figura en ese periodo histórico. Así, se dice que, a los efectos del contenido de la propia Orden de 7 de noviembre de 1968<sup>396</sup>, “se entenderá por *minusválido* todo trabajador en edad laboral, considerándose como tal la comprendida entre los dieciocho y los sesenta y cinco años, que encontrándose en situación de desempleo, se vea además afectado por una disminución de su capacidad física superior a un 30 por 100 que le impida el acceso a puestos de trabajo en Empresas de régimen de trabajo normal, precisamente a causa de tal merma de capacidad”.

En esta definición, como no podía ser de otro modo por tratarse de una auténtica novedad en el contexto normativo de la época, destaca por sus carencias e imprecisiones. En primer lugar, se hace referencia exclusivamente a la disminución de la capacidad “física”, lo que en sentido estricto supone, al menos<sup>397</sup>, la omisión de dos grandes colectivos de personas con discapacidad, como son los afectados por una discapacidad intelectual y aquellas personas que padecen una enfermedad mental. No sorprende esta omisión en el contexto histórico en que nos hemos situado, caracterizado por una consideración de la discapacidad intelectual y de la enfermedad mental extremadamente alejada de la integración social y de la participación de estas personas en la vida colectiva, y muy particularmente en el empleo; pensemos que en los años 70, en España, el término que utilizaban las propias Asociaciones de Padres de “Deficientes mentales” era el de “*subnormal*”, por considerar poco claro o “libresco” los

---

<sup>395</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Directores) y SOLÀ MONELLS, X. (Coordinador): *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 27.

<sup>396</sup> Esta técnica será una constante en toda nuestra normativa, de modo que el concepto de discapacidad, además de no resultar estable jurídicamente, presentará diferencias notables en ámbitos normativos distintos, hasta el punto de que, como tendremos ocasión de comprobar, será la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que tendrá que intervenir para sentar el alcance que las distintas definiciones tienen respecto del ámbito de regulación en que se aplican.

<sup>397</sup> Las personas con discapacidad sensorial, en aquellos momentos, podían perfectamente ser consideradas personas afectadas por una disminución de capacidad física.

términos “disminuido intelectual” o “disminuido psíquico”<sup>398</sup>. Por otra parte, el concepto de persona con discapacidad que aparece en la Orden de 1968 presenta un perfil claramente residual del trabajo de estas personas, por cuanto se asume la imposibilidad de acceso de las mismas al régimen de trabajo que la propia norma califica de “normal”, de modo que se establece una relación causa-efecto entre la discapacidad y la imposibilidad de empleo que pone de manifiesto muy claramente la fuerte presencia del viejo modelo médico en esta normativa. La asunción de las limitaciones de la persona con discapacidad para acceder al empleo de un modo regular, sin mención alguna de los necesarios mecanismos de ajuste y adaptación por parte de las empresas, consagra una visión de la discapacidad alejada del reconocimiento de derechos sociales y centrada en aspectos individuales, planteados como problemas para la integración social que se resuelven mediante la creación de entornos laborales específicos, enfatizando de este modo lo diferente y facilitando la marginación<sup>399</sup> y un cierto “apartheid” social y laboral de las personas con discapacidad. No obstante lo erróneo del planteamiento inicial, considerando el contexto social y normativo de la época conviene destacar el impulso que la norma supuso en el empleo de las personas con discapacidad, puesto que definía a los Centros Especiales como “Centros de Empleo Protegido”<sup>400</sup>, y les favorecía con ayudas económicas<sup>401</sup> que favorecieron

---

<sup>398</sup> VILLA FERNÁNDEZ, N.: *La inclusión progresiva de las personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 59.

<sup>399</sup> CASTILLO ARENAL, T.: *Déjame intentarlo. La discapacidad: hacia una visión creativa de las necesidades humanas*, Barcelona, Ediciones CEAC, 2007, págs. 68 a 69. Sobre esta marginación derivada de remarcar las diferencias, el autor pone varios ejemplos, de entre los que destaca el de lo que denomina “tercer sexo” que se ha generado en los aseos públicos específicos que en muchos locales públicos se han creado para personas con discapacidad. Se pregunta el autor si las personas con discapacidad tienen un sexo distinto y por qué deben entrar en un aseo diferente a los utilizados por el resto de hombres o mujeres, ya que la cuestión bien podía resolverse si todos los aseos para hombres y todos los aseos para mujeres estuvieran debidamente adaptados.

<sup>400</sup> Expresión todavía utilizada en la actualidad para hacer referencia a las relaciones laborales de carácter especial que se desarrollan en los Centros Especiales de Empleo. El propio Observatorio Estatal de la Discapacidad, en su página web <http://www.observatoriodeladiscapacidad.es> utiliza esta expresión con mucha frecuencia.

<sup>401</sup> La norma contenía subvenciones para la creación de Centros Especiales de Trabajadores *Minusválidos*, encomendando la tramitación de la creación y registro de los mismos a la Dirección General de Trabajo. También se subvencionaba el alojamiento y la manutención facilitados por los Centros a los trabajadores con discapacidad, así como la ampliación de locales, mejora de instalaciones y adquisición de materiales por parte de los Centros, que también podían solicitar créditos especiales para estas finalidades amortizables en 10 años y con un tipo de interés del 3 por 100.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

el desarrollo de muchos de estos Centros y, con ellos, la incorporación a ese especial modo de empleo de muchas personas con discapacidad.

Tras la aparición de la definición de la discapacidad contenida en la Orden de 7 de noviembre de 1968, destaca muy especialmente en este ámbito el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores *minusválidos*, en cuyas primeras líneas ya es apreciable un cambio notable en el planteamiento de la regulación del trabajo de las personas con discapacidad. Comienza la norma aseverando que la incorporación de los "*minusválidos*"<sup>402</sup> al trabajo constituye un importante objetivo en la política social, y argumenta tal aserto en dos razones fundamentales: la necesidad, por una parte, de que estas personas, en aras a su dignificación, recobren conciencia de "su valer" al servicio de la comunidad, y los efectos benéficos que la incorporación de capital humano tiene en el desarrollo económico y social. El enfoque no ha cambiado, puesto que se sigue situando al conjunto social en la monolítica posición del acreedor, sin deber alguno con respecto a las personas con discapacidad, verdaderas deudoras de esfuerzo y adaptación en beneficio del objetivo primario del desarrollo social. No hay, pues, en esta norma, invocación alguna a la necesidad de equilibrar adecuadamente los esfuerzos sociales para permitir una real aplicación del principio de igualdad de oportunidades en el empleo, ni se reconoce a las personas con discapacidad derecho alguno en relación con los necesarios ajustes sociales, depositando en el esfuerzo individual el principal valor del esfuerzo de integración<sup>403</sup>.

El Estado asume, así, un papel tuitivo<sup>404</sup> con respecto al empleo de las personas con discapacidad, no tanto desde el reconocimiento del derecho de estas personas a la igualdad efectiva de trato, sino más bien partiendo de los deberes del propio Estado respecto de colectivos socialmente desfavorecidos, con permanentes invocaciones a la normativa anterior que se basaba en estos

---

<sup>402</sup> Ningún avance desde el punto de vista terminológico.

<sup>403</sup> La rehabilitación continúa siendo la clave de la integración. El propio Decreto de 22 de agosto de 1970 hace expresa mención a la situación de otros países para resaltar los esfuerzos de "rehabilitación laboral de los *minusválidos*", citando expresamente los cupos de reserva en el empleo utilizados como mecanismos de integración laboral de estas personas.

<sup>404</sup> El Decreto recuerda, en este sentido, las medidas ya adoptadas por la Orden de 7 de noviembre de 1968.

principios<sup>405</sup>. No obstante, nos hallamos nuevamente ante una definición legal de la discapacidad que presenta aspectos novedosos e interesantes. Se dice en el artículo 1 del Decreto 2531/1970 que, a los efectos de esta norma, 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”.

Resalta, en primer lugar, la corrección de la omisión que la Orden de 1968 había cometido respecto de las discapacidades intelectuales y las enfermedades mentales, que en este momento quedan englobadas en el ambiguo calificativo de “psíquicas”. No menos interesante es el cambio operado en el establecimiento del porcentaje mínimo de discapacidad que permitirá la aplicación de la normativa especial que contiene el Decreto de 1970, puesto que queda establecido en el treinta y tres por ciento, tres puntos por encima del que había establecido la Orden de 1968, y que pasará a ser un referente casi constante en toda la normativa que se ha venido desarrollando hasta la actualidad<sup>406</sup>. Por otra parte, y conservando la relación de causalidad entre disminución y dificultad para el empleo que ya contenía la Orden, el Decreto incorpora un concepto novedoso, como es el de “empleo adecuado”, cuyas dificultades de precisión y de aplicación práctica han sido permanentes hasta nuestros días<sup>407</sup>. Se trata, en definitiva, de

---

<sup>405</sup> La exposición de motivos del Decreto cita expresamente la normativa de Seguridad Social y la relativa al Servicio de Reeducción y Rehabilitación de Inválidos, creado a partir de la entrada en vigor de la Ley General de la Seguridad Social de 1966.

<sup>406</sup> Por poner dos de los muchos ejemplos posibles, la Ley 51/2003, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad, la Ley 42/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, o la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, mantienen ese porcentaje mínimo del treinta y tres por ciento. Curiosamente, la norma más importante en la materia, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración de *Minusválidos*, no establece porcentaje mínimo alguno, algo que provocará no pocos problemas de interpretación y aplicación de la norma que tendremos ocasión de abordar más adelante.

<sup>407</sup> El artículo 231.3 del vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, contiene el concepto de “colocación adecuada”. La definición de este tipo de colocación ha resultado siempre compleja desde el punto de vista legislativo, y ha provocado siempre una gran polémica doctrinal y social. Baste decir que el actual redactado del artículo 231.3 del TRLGSS lo introdujo la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, que fue el resultado de la tramitación parlamentaria del Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

correcciones técnicas de la definición que contenía la Orden de 7 de noviembre de 1968, pero sin que pueda apreciarse evolución alguna en el modelo adoptado; la presencia de los postulados del viejo modelo rehabilitador es evidente, tanto en los aspectos conceptuales<sup>408</sup> como en el contenido de las propias medidas incentivadoras del empleo<sup>409</sup>.

Otra importante novedad del Decreto de 22 de agosto de 1970, es la exigencia de certificación oficial de la discapacidad, algo que se mantendrá en toda la normativa posterior. En este momento, la norma decide atribuir la competencia para la constatación y certificación del grado de discapacidad a los servicios de la Seguridad Social que al efecto se determinen<sup>410</sup>. Se exige que en tal certificación conste, además del grado, la clase de discapacidad que presenta el solicitante, exigencia esta última que se abandonó posteriormente y que se ha recuperado en la actualidad, como consecuencia de la aparición de normas que establecen diferentes pautas normativas dependiendo de la tipología de la discapacidad que pueda presentar una persona<sup>411</sup>. Consecuencia de esa labor de certificación y

---

mejora de la ocupabilidad, que provocó la huelga general de 22 de junio de 2002. Claro reflejo de la controversia social suscitada alrededor de esta reforma es la plasmación que la misma tuvo en la prensa: como lo hicieron otras publicaciones, el Diario ABC, en su edición de 25 de mayo de 2002 resaltaba, entre las “claves del decreto”, la modificación del concepto de colocación adecuada. Por lo que se refiere al debate doctrinal en relación con esta reforma, aparece reflejado en ALONSO VALVERDE, J.: «El nuevo compromiso de actividad y la redefinición del concepto de colocación adecuada tras la Ley 45/2002», Madrid, UNED, Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 25, 2004, páginas 297 a 315.

<sup>408</sup> Se dice, por ejemplo, que el porcentaje se determinará una vez el interesado haya recibido “los tratamientos de recuperación necesarios”.

<sup>409</sup> Fundamentalmente, estas medidas se concretan en la incentivación económica de la contratación de trabajadores con discapacidad, en el mantenimiento y fomento de los Centros de Empleo Protegido, y en un especial énfasis en las medidas rehabilitadoras, concretadas en la prestación de asistencia médica y social al trabajador para que pueda producirse la reincorporación de éste al trabajo.

<sup>410</sup> La competencia para estas certificaciones resultará atribuida por la Orden del Ministerio de Trabajo de 24 de noviembre de 1971 (BOE de 1 de diciembre) a las Unidades Provinciales de Valoración de *Minusválidos*, dependientes de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social y cuya composición multiprofesional. En los certificados emitidos por estas Unidades debía constar, además de aquello que expresamente pudiera determinar el Servicio Social, lo siguiente:

- Circunstancias personales y familiares del interesado
- Designación de su estado médico y funcional, con indicación de las causas que motivaron la disminución de la capacidad
- Valoración fijada en un porcentaje de la disminución de la capacidad laboral y determinación de las aptitudes laborales existentes
- Rehabilitación médica que se estime aconsejable.

<sup>411</sup> Una de las primeras normas que hizo tales distinciones fue el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de



registro de la discapacidad, será la creación de un denominado “Censo de *minusválidos*”, que pasará a ser elemento clave en la contratación de las personas con discapacidad, puesto que el artículo 12 del Decreto de 1970 exige que la contratación se realice, a través de las Oficinas de Colocación, con trabajadores incluidos en dicho Censo.

Conviene resaltar en este punto un aspecto que si bien en principio no forma parte de los aspectos más destacados de esta normativa, ha adquirido especial relevancia en la actualidad, como tendremos ocasión de comprobar en posteriores apartados de esta obra. Se trata de lo que el artículo 6 de la Orden de 24 de noviembre de 1971, por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del Decreto 2531/1970, en materia de reconocimiento de la condición de *minusválido*, denomina “homologación”, a estos efectos, de las resoluciones por las que se declaren situaciones de invalidez permanente protegidas por la Seguridad Social<sup>412</sup>. Se trata de facilitar el reconocimiento de la discapacidad por referencia a otra situación próxima, pero no idéntica, como es la incapacidad reconocida para el trabajo. Sea la pretensión del legislador la de homogeneizar ambas situaciones o la de facilitar la labor de las Unidades de Valoración, lo cierto

---

las personas con discapacidad. La propia composición de los enclaves laborales requería la determinación del tipo de discapacidad que presentan los trabajadores incluidos en dichos enclaves, de modo que la Disposición Final Tercera del mencionado RD 290/2004 modificó la Disposición Adicional Única del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, para exigir que en los certificados y resoluciones de reconocimiento del grado de discapacidad, expedidos por organismo competente se hiciera constar, en lo sucesivo, como mención complementaria “el tipo de discapacidad en las categorías de psíquica, física o sensorial, según corresponda”. Consecuencia directa de esta última previsión será la creación, mediante Orden del Ministerio de Trabajo de 24 de noviembre de 1971 (BOE de 1 de diciembre), del Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de *Minusválidos*, dependiente de la Dirección General de la Seguridad Social, y en el que se integran las Unidades Provinciales de Valoración de *Minusválidos*.

Hay que señalar, no obstante, que en posterior reforma introducida por el RD 1364/2012, de 27 de diciembre, se dio nuevo redactado a la Disposición Adicional Primera –ya no única- del RD 1971/1999 para establecer que, a instancia de la persona interesada o de quien ostente su representación, se certificará por el organismo competente el tipo o los tipos de deficiencia o deficiencias que determinan el grado de discapacidad reconocida, conforme a la información que conste en el expediente, a los efectos que requiera la acreditación para la que se solicita. Así pues, actualmente ya no aparece la tipología de discapacidad en la resolución inicial, pero a petición del interesado puede ser determinada por el organismo competente, que emitirá el certificado en un plazo de 15 días naturales.

<sup>412</sup> La norma, de un modo muy desafortunado, se extiende para referirse también a “las relativas a los subnormales que disfruten de dicha protección”.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

es que estas técnicas de asimilación han provocado, y siguen provocando<sup>413</sup>, no pocos problemas de aplicación práctica y de definición de ámbitos normativos, como se apreciará más adelante.

Para finalizar esta aproximación a la normativa preconstitucional, hay que señalar que la Ley 16/1976, de Relaciones Laborales<sup>414</sup> contiene alguna breve y puntual referencia a la discapacidad. Así, en su artículo tercero, al regular las relaciones laborales de carácter especial incluye la de las “personas con capacidad física o psíquica disminuida, en el grado que reglamentariamente se determine”<sup>415</sup>. Curiosa fórmula para hacer referencia a la discapacidad, e inédita hasta ese momento, puesto que por primera vez en nuestro derecho se evita la referencia a las personas que presentan una discapacidad con el genérico apelativo del colectivo, sino por referencia a la circunstancia<sup>416</sup>, iniciando así una senda de corrección terminológica que desgraciadamente no tendría continuidad en los años siguientes. Por otra parte, en esta Ley de 1976 se utiliza la expresión “disminuida” para hacer referencia a la capacidad de las personas que podrán ser sujetos de la relación laboral de carácter especial que crea la norma; sin embargo, como tendremos ocasión de comprobar, el legislador constitucional recurrió con menor acierto al mismo vocablo para regular las políticas de integración de las personas con discapacidad.

---

<sup>413</sup> En la actualidad, distintas normas, como la LIONDAU o la LIRPF, contienen asimilaciones semejantes entre la declaración de la condición de persona con discapacidad y el reconocimiento previo de determinados grados de incapacidad permanente.

<sup>414</sup> Esta Ley de Relaciones Laborales será derogada posteriormente por el primer Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley 8/1980, de 10 de marzo.

<sup>415</sup> Tal desarrollo reglamentario tardará en producirse, y se llevará a cabo con esta Ley de Relaciones Laborales de 1976 ya derogada, al aprobarse el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de “los *minusválidos* que trabajen en los centros especiales de empleo”.

<sup>416</sup> En las normas precedentes, y en algunas de las que seguirán a esta Ley de 1976, se utilizaban expresiones genéricas, tales como “*minusválido*”, que atribuían a la persona una condición derivada de la existencia de una discapacidad, en lugar de hacer referencia a ésta como circunstancia de quien la presenta.

### 2.4.2 Discapacidad e integración laboral en la Constitución de 1978. La Ley 13/1982, de Integración Social de los *Minusválidos*.

#### A) La discapacidad en la Constitución de 1978

La vigente Constitución dedica su artículo 49, dentro del Capítulo III<sup>417</sup> del primero de sus Títulos, específicamente a las personas con discapacidad. La ubicación del artículo no es una cuestión menor, puesto que al hallarse fuera del Capítulo II, los principios que la Constitución reconoce en relación con las personas con discapacidad en ese artículo 49 carecen de la especial protección prevista en el artículo 53 de la propia Carta Magna<sup>418</sup>. No obstante, la protección constitucional de los derechos de las personas con discapacidad no se limita al contenido del mencionado artículo 49, máxime considerando que este propio precepto refuerza la actuación de los poderes públicos en el efectivo disfrute de los derechos constitucionales por parte de las personas con discapacidad<sup>419</sup>.

Por lo que se refiere al contenido, en los aspectos que interesan a este apartado, la Constitución utiliza, para hacer referencia a las personas con discapacidad, la desafortunada expresión “*disminuidos* físicos, sensoriales y psíquicos”. Tal desatino terminológico resulta inexplicable, puesto que como hemos tenido ocasión de comprobar, la Ley de Relaciones Laborales de 1976 ya había realizado un cierto ejercicio de modernidad al referirse a las personas con capacidad disminuida, sin atribuirles especial apelativo por esa circunstancia. En el caso del precepto constitucional, al desacierto de la construcción ha de añadirse el del verbo elegido, y a ambos la complicación de la modificación del

---

<sup>417</sup> Este Capítulo III lleva por título “De los principios rectores de la política social y económica”.

<sup>418</sup> En su apartado tercero, el artículo 53 se limita a establecer que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. La utilización del verbo “informar” añade dosis de ambigüedad al alcance de la exigencia de la aplicación de tales principios, muy lejos de la contundencia con la que el artículo 53.2 de la propia Constitución dice que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II “vinculan” a todos los poderes públicos. Por otra parte, no es posible la utilización del recurso de amparo al hallarse el artículo 49 fuera de la Sección Primera del Capítulo II del Título I, cuyo contenido, junto con el artículo 14, goza en exclusiva de esta especial forma de tutela jurisdiccional.

<sup>419</sup> Téngase en cuenta, además, que la Constitución encomienda al Estado la tarea de velar por la dignidad de la persona (art. 10.1), en el marco de un Estado social y democrático de derecho y desde el máximo reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad y a la no discriminación.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

propio precepto, considerando las especiales garantías que la propia Constitución establece para su reforma<sup>420</sup>.

La Constitución ordena a los poderes públicos la realización de una política de “previsión, tratamiento, rehabilitación e integración”, respecto de las personas con discapacidad, a las que deberán prestar la atención especializada que requieran y los “amparán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Este especial amparo puede verse como una puerta abierta a la adopción de medidas de acción positiva que permitan hacer efectiva la igualdad de oportunidades y la lucha contra las discriminaciones<sup>421</sup>. Por otra parte, nos hallamos ante un principio rector que exige un diseño y una interpretación normativa diferentes, desde un planteamiento de integridad en las políticas a desarrollar<sup>422</sup>.

No obstante los reparos terminológicos que razonablemente cabe señalar respecto del precepto constitucional analizado, lo cierto es que la Constitución de 1978 supone un punto de inflexión indiscutible en la sensibilidad mostrada por el legislador respecto de las personas con discapacidad, ya que expresamente se orienta a los poderes públicos hacia políticas integradoras y se les encomienda específicamente la salvaguarda de sus derechos y la garantía del disfrute efectivo

---

<sup>420</sup> Tal como se recoge en los medios de prensa escrita de aquel día, el propio Presidente del Gobierno, en un acto celebrado el día 3 de diciembre de 2005, se mostró partidario de modificar el artículo 49 de la Constitución para sustituir el término *disminuidos* por el de “discapacitados” (Madrid, 3 de diciembre de 2005 (EFE).- «El presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero, anunció hoy que el Ejecutivo propondrá a las fuerzas políticas una modificación del artículo 49 de la Constitución para cambiar el término *disminuidos* por el de "discapacitados" en la primera reforma constitucional»). Aun en este caso, únicamente se resolvería uno de los problemas que suscita el mencionado precepto, que es el relativo al verbo elegido, manteniendo la incorrección de la construcción de un apelativo que identifica a las personas con las especiales características de sus capacidades. Sea como fuere, el análisis resulta estéril puesto que, como hemos tenido ocasión de comprobar, aún no se ha planteado la aludida reforma constitucional.

<sup>421</sup> DE DE ASÍS ROIG, R., CAMPOY CERVERA, I. y BENGOCHEA GIL, M.A.: «Derecho a la igualdad y a la diferencia: análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva», en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. (DIRECTORES): *Tratado sobre discapacidad*, op. cit., págs. 119 a 132. Los autores hacen referencia a la triple función de la igualdad: como valor, como principio y como derecho. Desde esta última perspectiva, el derecho a la igualdad incluye la prohibición de las discriminaciones, tanto directas como indirectas.

<sup>422</sup> NUÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La Integración laboral de las personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 37.

de los mismos<sup>423</sup>. Finalmente, la Constitución no incluye, como no podía ser de otro modo, un concepto de discapacidad, aunque no se resiste a introducir una categorización por tipologías de la misma que también hoy debemos entender superada por las actuales clasificaciones de la discapacidad.

En relación con el concepto de discapacidad y con la integración laboral de las personas que la presentan, nos interesa muy especialmente el análisis de dos importantes normas que, desarrollando los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 35 y 49 de la Carta Magna, aparecerán poco tiempo después de su publicación. Se trata, respectivamente, de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los *Minusválidos*.

### **B) La discapacidad en la normativa laboral: el Estatuto de los Trabajadores**

Por lo que se refiere al Estatuto de los Trabajadores de 1980, la primera cuestión llamativa es la omisión de la relación laboral de carácter especial que había introducido poco tiempo antes la Ley de Relaciones Laborales de 1976. Así, en su redacción original, el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores no contiene referencia alguna a la relación laboral especial de las personas con discapacidad, omisión que subsanará poco después la LISMI, al amparo de cuyo artículo 41 se aprobará el Real Decreto 1368/1985, que regula esta relación laboral en los denominados Centros Especiales de Empleo. En la vigente Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, sí aparece esta relación laboral especial en la relación que contiene el artículo 2, que se refiere a ella del siguiente modo: “la de los trabajadores *minusválidos* que presten sus servicios en los centros especiales de empleo”.

No obstante, ni en el primer texto del Estatuto de los Trabajadores de 1980, ni en el vigente, se contiene un concepto de discapacidad, limitándose la norma a hacer referencia a esta circunstancia puntualmente, en relación con determinadas

---

<sup>423</sup> GARCÍA QUIÑONES, J.C.: «El concepto jurídico laboral de discapacitado», en VALDÉS DAL-RE, F. (Director) y LAHERA FORTEZA, J. (Coordinador): *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 66.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

regulaciones<sup>424</sup> y sin contener un precepto que específicamente recoja de manera integral aspectos específicos del derecho al trabajo de estas personas.

### C) La Ley de Integración Social de los *Minusválidos*

Por lo que hace referencia a la LISMI, podemos considerar que constituyó el desarrollo normativo de las previsiones programáticas contenidas en el artículo 49 de la Constitución<sup>425</sup>. De algún modo, se pretendía crear una norma que tratara de manera integral todos los aspectos relacionados con la discapacidad desde la perspectiva de los principios constitucionales, proyectando de este modo la vocación de integridad que el propio texto constitucional planteaba. Por otra parte, la decidida y novedosa apuesta de la Constitución por la regulación específica de estos principios se verá claramente refrendada por una norma como la LISMI, hito material y formal en esta materia, puesto que además de incorporar la regulación de aspectos hasta entonces inéditos, supuso el primer texto normativo con rango legal dedicado específicamente a la discapacidad.

Pero centrandolo el análisis de tan trascendente norma en los aspectos conceptuales, lo cierto es que la conclusión resulta, nuevamente, decepcionante. En primer lugar, la LISMI decide adoptar, de manera uniforme, las expresiones “*minusválida*” y “*minusválido*”<sup>426</sup>, incidiendo nuevamente en la doble incorrección que ya apuntábamos al analizar estos aspectos en el texto constitucional. Especialmente grave, en este caso, resulta la conjunción de ambas trabas, puesto que si deficiente es desde el punto de vista técnico atribuir a una persona una calidad referida a una circunstancia, hacerlo respecto de su valor resulta

---

<sup>424</sup> Así ocurre, por ejemplo, al establecer los derechos de los trabajadores a no ser discriminados en el artículo 4.2.c, o a no sufrir acoso en el artículo 4.2.d, (tipificado como causa de despido disciplinario en el artículo 54.2.g) y de manera muy evidente en el artículo 17 al establecer la no discriminación en las relaciones laborales. En todos estos casos se introducen sendas referencias expresas a la discapacidad. Más allá de estas cuestiones específicas, la discapacidad aparece en el Estatuto de los Trabajadores como condicionante de aspectos materiales o formales referidos a la intermediación laboral (art. 16), las características de determinadas modalidades contractuales (contrato de trabajo en prácticas, o contrato de trabajo para la formación, por ejemplo) o el derecho a permisos (art. 37) o a excedencias (art. 46) de los trabajadores, o al regular las suspensiones del contrato de trabajo (art. 45.1.d).

<sup>425</sup> TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, op. cit., pág. 36.

<sup>426</sup> A pesar de que, como ya tuvimos ocasión de comentar anteriormente, la LISMI no pudo evitar rendir pleitesía al término constitucional, por lo que en reiteradas ocasiones lo utilizó, tanto para referirse a los *disminuidos* como para hacerlo a la *disminución*.

completamente inadmisibles. En ningún caso la presencia de una alteración de la capacidad o, en términos menos eufemísticos, de una evidente disminución de algún aspecto concreto de la misma, puede derivar en una menor consideración de la valía de una persona, máxime si tenemos en cuenta que las dificultades que esa circunstancia generará para una normal integración social derivarán, en la mayoría de los casos, de la incapacidad de la propia sociedad para generar los mecanismos de adaptación necesarios para contrarrestarlas. Por otra parte, si sorprendente es el desatino en la terminología adoptada, no lo es menos la incapacidad del legislador para reaccionar tempranamente ante el yerro, puesto que a pesar de correcciones puntuales en normas posteriores, los términos “*minusvalía*” y “*minusválido*” no desaparecerán de nuestra normativa, como ya hemos visto, hasta la publicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que generalizó el uso de los términos “*discapacidad*” y “*persona con discapacidad*”. Se trata, sin duda, de una garantía de unificación terminológica tanto de pasado como de futuro, con las limitaciones que, como es lógico, plantean los principios de jerarquía normativa y *lex posterior*. En todo caso, el vigente TRLGD ha supuesto la consolidación de estos términos.

Resuelta en la actualidad de modo más acertado la cuestión de la terminología, la anunciada decepción viene del lado del concepto de discapacidad, ya que la LISMI introdujo una definición claramente insuficiente para una norma que pretendía erigirse, de facto, en un tratado normativo sobre discapacidad. Así, en su artículo 7 establecía que son personas con discapacidad aquellas “cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”. Es incuestionable la aproximación de la LISMI a los modelos sociales de discapacidad, así como la asunción de un concepto basado en los principios de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías y de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, que definían la minusvalía como la existencia de una barrera provocada por una deficiencia o una discapacidad, y que limita o imposibilita el desarrollo normal de

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

un individuo. No obstante, una ley integral de la discapacidad hubiera requerido una definición que permitiera delimitar con la mayor precisión posible lo que la propia LISMI denominaba “titulares de los derechos”, y desde luego no fue éste el caso.

El primer gran problema que planteaba la definición del artículo 7 de la LISMI era la omisión de toda referencia al grado exigible para entender producida la circunstancia que meritaba protección específica. En sentido amplio, un porcentaje enorme de la población española sería susceptible de inclusión en el concepto de discapacidad de la LISMI, ya que sin duda la excepción vendría constituida por los individuos que no presentan algún tipo de deficiencia física, psíquica o sensorial, que “disminuya” sus posibilidades de integración educativa, laboral o social. De hecho, sin graduación de esa disminución en las posibilidades de integración, los matices imprecisos de la pretendida normalidad se presentan como obstáculos prácticamente insalvables en la determinación del colectivo al que la norma dirigía sus peculiares acciones. Ciertamente, parece que la disminución en las posibilidades de integración de un individuo, para que éste pueda ser considerado afectado por una discapacidad, debe ser significativa, de modo que evidencien un desajuste merecedor de corrección. Quizá el establecimiento de un porcentaje en la graduación de la discapacidad era una omisión aceptable en la LISMI, pero la ausencia de referencias en la propia Ley a la graduación de la discapacidad en su normativa de desarrollo resultó un problema técnico que pudo haberse evitado con una simple habilitación para que tal circunstancia se hubiera producido con escrupuloso respeto al principio de jerarquía normativa<sup>427</sup>.

Parecía deducirse del contenido del artículo 10.1.c de la propia LISMI la necesidad de un grado mínimo de discapacidad para que una persona pudiera resultar acreedora de la especial protección otorgada por esta norma, puesto que

---

<sup>427</sup> Recordemos que el artículo 1 del Decreto 2531/1970 decía que, a los efectos de esta norma, 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”. En este caso, no había un concepto legal de discapacidad recogido en una norma de rango superior y, por tanto, no cabía la posibilidad de incurrir en “*ultra vires*”.



al regular los equipos multiprofesionales de valoración, se decía que una de sus funciones sería “la valoración y calificación de la presunta minusvalía, determinando el tipo y grado de disminución”, y todo ello en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación. Parece, pues, que la LISMI encomendaba a las normas que contuvieran la regulación de tales beneficios, derechos o servicios, la determinación del grado necesario para el acceso a los mismos, olvidando que la propia LISMI contenía normativa específica en relación con distintos aspectos de la integración social y laboral de las personas con discapacidad, para la que el referente en la determinación del grado de discapacidad necesario no podía ser sino la propia LISMI.

Es más, en ocasiones la LISMI imponía obligaciones relacionadas con la discapacidad cuya eficacia se veía condicionada por la ausencia de una definición precisa de los titulares de los derechos que comportaba el cumplimiento de tales obligaciones. Sirva como ejemplo la cuota de reserva de empleo que se establecía en el artículo 38.1 de la LISMI, que obligaba a las empresas que tuvieran 50 o más trabajadores a contar con “un número de trabajadores *minusválidos* no inferior al dos por ciento de la plantilla”; en este caso, la invocación del artículo 10 de la LISMI no resolvía la cuestión, y la definición de su artículo 7 nos dejaba ante una situación compleja a la hora de determinar el cumplimiento o no por parte de una empresa de la obligación expuesta<sup>428</sup>. De este modo, una persona que hubiera seguido el procedimiento para la determinación del grado de discapacidad a quien se hubiera apreciado alguna deficiencia, por nimia que fuera y por bajo que fuese el grado reconocido, acreditaría la existencia de esa deficiencia, de modo que si razonablemente pudiera apreciarse una disminución en sus posibilidades de integración derivada de esa circunstancia, a la vista de lo establecido en el artículo 7 de la LISMI, habría que considerar a esa persona titular de los derechos que recogía esta

---

<sup>428</sup> En el procedimiento para la determinación del grado de discapacidad, regulado en el Real Decreto 1971/1999 se dice que “el grado de minusvalía se expresará en porcentaje”, sin determinar a partir de qué tanto por ciento puede ser considerada una persona afectada por una discapacidad que le permita invocar su derecho a ser considerada titular de los derechos específicamente reconocidos en nuestra normativa a estas personas.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

norma<sup>429</sup>. En todo caso, tampoco resolvía la LISMI, desde el punto de vista procedimental, el modo en que debiera apreciarse el impacto de la deficiencia en las posibilidades de integración.

Cabe concluir, por tanto, que la omisión en la LISMI de la necesidad de acreditación de un determinado grado de discapacidad, y muy especialmente la ausencia de remisión a la normativa reglamentaria para la determinación del porcentaje mínimo que constituirá tal grado, pudo viciar de nulidad a las normas reglamentarias que, en desarrollo de la propia LISMI, fijaran tales tantos por ciento de carácter mínimo para acceder al contenido de la norma<sup>430</sup>. Hay que tener en cuenta que otras normas en las que se contenían referencias a la discapacidad, como hemos tenido ocasión de comprobar, han venido haciendo expresa referencia a los grados necesarios que, en términos porcentuales, habían de ser acreditados a los efectos de aplicación de las mismas, algo que pone de relieve de manera más contundente la omisión de estos aspectos en la LISMI y las posibles consecuencias de la asunción por parte de la normativa reglamentaria de la regulación de los mismos<sup>431</sup>. Por otra parte, hay que tener en cuenta que había aspectos regulados en la LISMI que no tuvieron desarrollo reglamentario y que, por tanto, al margen del más que posible “ultra vires”<sup>432</sup> que se producía cuando tal desarrollo aparecía, carecían de normativa que

---

<sup>429</sup> Hay que señalar, no obstante, que la cuestión no se resolvió en ese sentido jurisprudencialmente, si bien no fue planteada expresamente. En un *obiter dicta* de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007, a la que nos referiremos con detalle más adelante, se dice que “el porcentaje mínimo para la consideración de persona con discapacidad está cifrado en el 33 %”, sin referencia alguna a la LISMI, entonces vigente, para llegar a tal conclusión.

<sup>430</sup> Así sucedió con el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los *minusválidos*, cuyo artículo 5 exige a los beneficiarios de tales prestaciones “Estar afectadas por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100”. Lo mismo cabe decir del Real Decreto 1368/1985, ya citado, que establece que podrán desarrollar la relación laboral de carácter especial prevista en el artículo 41 de la LISMI las personas que tengan reconocida una discapacidad en grado igual o superior al 33 %.

<sup>431</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La reordenación del tiempo de trabajo como estrategia empresarial frente a la crisis », *Aranzadi Social núm. 13/2009 parte Tribuna*, Pamplona, Aranzadi, 2009, págs. 11 a 26. El autor comenta la posibilidad de existencia de ultra vires en la concreción reglamentaria de un periodo de consultas no previsto en la norma con rango de ley en los expedientes de suspensión de los contratos de trabajo por razones económicas y/o productivas.

<sup>432</sup> Que hubiera sido fácilmente evitable con una simple referencia en el texto legal al desarrollo reglamentario de este aspecto, por otra parte extraordinariamente relevante en la práctica, por cuanto determinaba, a la postre, quién sería acreedor de los beneficios regulados en la norma y quién se vería privado de ellos.

determinara el grado necesario para considerar que una persona acreditaba una discapacidad merecedora de atención normativa específica<sup>433</sup>.

Para finalizar con los aspectos conceptuales de la LISMI, el resto del contenido de su artículo 7 no resolvía los problemas que hemos planteado anteriormente, ya que se decía que el reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios previstos debía ser efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determinara reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multiprofesionales calificadores. No se trataba, pues, de una habilitación al desarrollo reglamentario para determinar el porcentaje de discapacidad mínimo necesario para el acceso a tales beneficios, sino para fijar la competencia administrativa para el reconocimiento del derecho a esos beneficios.

Por lo que hace referencia a la integración laboral de las personas con discapacidad, la LISMI dedicaba su Título VII a esta cuestión, resultando un ámbito éste en el que se presentaba especialmente compleja la cuestión del concepto de persona con discapacidad, puesto que no era la LISMI la única norma que contenía previsiones en materia de empleo de este colectivo, pero sí la única en la que se daba una peligrosa e indeseable, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, indefinición del concepto de discapacidad. Así, nos encontrábamos con paradojas difícilmente explicables, como la de que una persona pudiera tener la consideración de persona con discapacidad respecto de determinados incentivos de fomento del empleo, y no pudiera invocar tal condición respecto de otros, recogidos en la LISMI<sup>434</sup>. En todo caso, lo cierto es que la LISMI, en sus artículos 37 a 48, contenía algunas medidas incentivadoras de la contratación laboral de las personas con discapacidad dirigidas tanto a los poderes públicos como a las empresas.

---

<sup>433</sup> El artículo 38.1 de la LISMI, como ya se ha indicado, no fue desarrollado reglamentariamente por lo que hace referencia a la obligación de reserva, aunque sí lo fue en relación con la excepcionalidad y las medidas alternativas que contempla en su segundo párrafo. Tal desarrollo se llevó a cabo, en primer término, por el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, y posteriormente por 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.

<sup>434</sup> Abordaremos este complejo asunto en el apartado siguiente, puesto que al problema de la indefinición del concepto de discapacidad se unió el del diferente tratamiento que hacían las distintas normas que la regulaban de la asimilación con determinados supuestos de incapacidad permanente.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Sobre el planteamiento general de la igualdad de trato, principio que deben garantizar los poderes públicos en la aplicación de unas políticas de empleo integradoras, la LISMI afrontaba este complejo asunto ambiciosamente, al determinar que la finalidad básica de tales políticas había de ser la incorporación de las personas con discapacidad al sistema ordinario de trabajo<sup>435</sup>, reservando a la especial fórmula de empleo protegido que se encauza a través de los Centros Especiales de Empleo un carácter meramente subsidiario<sup>436</sup> y, por tanto, residual. En todo caso, la realidad no refrendó tan loable propósito, y el planteamiento del legislador se ha venido diluyendo con el tiempo hasta consagrar en la práctica un sistema dual, en el que la presencia del sistema subsidiario de trabajo protegido ha ido alcanzando cada vez mayor pujanza, hasta convertirse en una alternativa real al ordinario, presentando dimensiones semejantes ambas vías en los últimos tiempos<sup>437</sup>.

La culminación de este proceso de equiparación de las dos vías de incorporación de las personas con discapacidad al mercado de trabajo se ha producido con la publicación del vigente TRLGD, del que ha desaparecido por completo la preferencia por el empleo en el mercado ordinario. Tratándose de un Texto Refundido, resulta especialmente cuestionable este cambio, por cuanto pudiera exceder de los límites establecidos en el artículo 82 de la CE para esta técnica legislativa, que hace referencia a la posibilidad, siempre que expresamente aparezca en la norma habilitante<sup>438</sup>, de regularizar, aclarar y armonizar los textos

---

<sup>435</sup> AZNAR LÓPEZ, M., AZUA BERRA, P. y NIÑO RAEZ, E.: *Integración Social de los Minusválidos...*, op. cit., pág. 134. El artículo 37.1 de la LISMI concretaba en el ámbito laboral el principio general de normalización establecido en su artículo 6.

<sup>436</sup> Se utilizaba la inequívoca expresión "o, en su defecto" tras invocar la necesaria integración de las personas con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo.

<sup>437</sup> Sirva como ejemplo de esa "dualidad real" la Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012, que tiene como objetivos generales aumentar las tasas de actividad y de ocupación de las personas con discapacidad. La dotación económica prevista para el desarrollo de las líneas de actuación necesarias para la consecución de esos objetivos a lo largo del período cubierto por la Estrategia es de 3.700 millones de euros; pues bien, de los 740 millones de euros que se le asignan cada año, 440 millones corresponden a bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social de las empresas que contraten a personas con discapacidad y los 300 millones restantes se destinan a fomentar el empleo protegido, en particular, en los centros especiales de empleo.

<sup>438</sup> En este caso se daba esta circunstancia, puesto que la Disposición Final Segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, ordenó al Gobierno que aprobara antes del 31 de diciembre de 2013 – este plazo resultó de la ampliación operada por la disposición final quinta de la Ley 12/2012, de 26

legales que han de ser refundidos. En este sentido, el TC ha considerado admisible “introducir normas adicionales y complementarias a las que son objeto estrictamente de la refundición, siempre que sea necesario colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática del único texto refundido”<sup>439</sup>, algo que no parece compadecerse con el caso que estamos comentando.

Por otra parte, en una dinámica de incentivación negativa<sup>440</sup>, y curiosamente desde el punto de vista de la imposición de medidas de acción positiva<sup>441</sup>, la LISMI obligaba a ciertas empresas<sup>442</sup> a mantener una cuota de reserva de empleo del 2 por 100 para personas con discapacidad, así como a garantizar la adaptación de los puestos de trabajo y la accesibilidad de la empresa, siempre sobre la base limitadora de la carga excesiva, concepto indeterminado jurídicamente. No obstante, la propia LISMI preveía, aunque no las regula directamente, la posibilidad de que se establezcan ayudas de carácter económico que favorecieran la integración laboral de las personas con discapacidad<sup>443</sup>.

Finalmente, y después de establecer los principios que debían regir las políticas públicas en materia de integración laboral de las personas con discapacidad, y de imponer las medidas de acción positiva a las empresas ya analizados, la LISMI

---

de diciembre- y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se “regularicen, aclaren y armonicen” la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los *minusválidos*, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

<sup>439</sup> STC 13/1992, de 6 de febrero y STC 166/2007, de 4 de julio, entre otras.

<sup>440</sup> Entendiendo por tal aquella que no supone un beneficio directo para quien el empresario, sino en el mejor de los casos la evitación de una sanción.

<sup>441</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., pág. 101. El autor analiza la constitucionalidad de estas medidas, y muy especialmente la de la reserva de empleo, y sugiere la introducción de factores cualitativos en la inserción de trabajadores con discapacidad, alguno de los cuales, con posterioridad a la obra, han sido introducidos en algunas normas, si bien tímidamente. Es el caso, por ejemplo, de la relación entre las tipologías de discapacidad y la intensidad de las incentivaciones económicas que aparece en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

<sup>442</sup> Aquellas que emplearan a cincuenta o más trabajadores.

<sup>443</sup> Muchas otras normas, desde la LISMI hasta nuestros días, han contenido ayudas de esta naturaleza y establecidas con esa misma finalidad. Actualmente, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, ya citada, contiene un notable catálogo de bonificaciones para la contratación laboral, tanto indefinida como temporal, de personas con discapacidad, que no se han visto afectadas por la nueva regulación de las bonificaciones introducida por la Ley 35/2011, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

atendía también de manera específica a las situaciones de carencia de empleo de estas personas estableciendo un subsidio de garantía de ingresos mínimos<sup>444</sup>. Esta prestación económica, condicionada al previo cumplimiento, por parte del beneficiario, de aquellas medidas de recuperación profesional que se hubieran podido prescribir, iba destinada a las personas con discapacidad en edad laboral “cuya capacidad esté comprendida entre los grados mínimo y máximo que se fijen de conformidad con lo previsto en el artículo 7, que no cuenten con un puesto laboral retribuido por causas a ellos no imputables”<sup>445</sup>. Sorprende que, en este caso, la norma se refiriese a los grados de discapacidad, con expresa mención a mínimos y máximos, y que lo hiciera en relación con lo previsto en su artículo 7, en el que, como hemos tenido ocasión de comprobar, no existía referencia alguna a los grados, y mucho menos a los límites de los mismos. Ni siquiera por esta vía parecía posible, aunque pueda comprenderse la tentación de intentarlo, salvar el “ultra vires” en el que pudieron incurrir las normas reglamentarias que desarrollaron el contenido de la LISMI en los aspectos relacionados con la integración laboral de las personas con discapacidad. En realidad, la única manera de resolver de un modo técnicamente adecuado el problema, hubiera sido incluir la habilitación reglamentaria en el propio artículo 7 de la LISMI. De hecho, como ya se ha comentado, las normas posteriores a la LISMI que contienen normativa relativa a las personas con discapacidad, o bien se han referido expresamente al grado mínimo o bien contienen habilitaciones a su normativa de desarrollo para establecerlo.

---

<sup>444</sup> Este subsidio fue suprimido por la Disposición Adicional Novena de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, si bien su Disposición Transitoria Primera estableció que quienes con anterioridad a la entrada en vigor de la propia Ley 26/1990 tuvieran ya reconocido el derecho a este subsidio de garantía de ingresos mínimos –y lo mismo cabe decir del denominado subsidio por ayuda de tercera persona, también regulado en la LISMI- continuaran en el percibo del mismo en los términos y condiciones que se prevén en la legislación específica que los regula, salvo que los interesados pasen a percibir una pensión no contributiva.

<sup>445</sup> Artículo 47 de la LISMI.

### **2.4.3 El concepto de discapacidad en la Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con Discapacidad, y el problema de las asimilaciones conceptuales**

#### **A) La Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con Discapacidad**

Entre 1982 y 2003 aparecieron distintas normas, de rango legal y reglamentario, que contenían definiciones de discapacidad, o referencias directas a la misma y a su determinación, en distintos ámbitos<sup>446</sup>. De hecho, como ya se ha señalado, en la LISMI se caracterizó por ser una norma que, conteniendo regulación específica en materia de discapacidad, omitía la concreción de un porcentaje mínimo para la determinación del grado necesario para establecer su ámbito subjetivo de aplicación, circunstancia que ya ha sido analizada anteriormente, así como sus eventuales consecuencias desde un punto de vista estrictamente jurídico.

Después de que la LISMI se presentara como una ley general y omnicompreensiva de todos los aspectos sociales, entendidos éstos en sentido amplio, relacionados con la discapacidad, lo cierto es que tal vocación compiladora no tuvo continuidad, caracterizándose nuestra normativa a partir de su publicación por una vocación transversal en esta materia. Numerosas normas han venido regulando aspectos específicamente dirigidos a las personas con discapacidad y, al hacerlo, normalmente han definido estos ámbitos estableciendo directamente una definición legal que pudiera delimitar los campos de aplicación subjetiva de cada norma. Este hecho, en sí mismo, es suficientemente revelador de las carencias que la LISMI presentaba en los aspectos conceptuales y de la insuficiencia de su marco de definición subjetiva, hasta el punto de que prácticamente ninguna otra ley<sup>447</sup> definió a las personas con discapacidad por

---

<sup>446</sup> Sirvan como ejemplos, entre otros posibles, el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los *minusválidos* que trabajen en los centros especiales de empleo, la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, o la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias.

<sup>447</sup> Hay que señalar que en ocasiones no era posible omitir la referencia, aun indirecta, a la LISMI, por una mera cuestión de coherencia del sistema de normas. Así sucede, por ejemplo, en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuya Disposición Adicional Sexta hace referencia al cumplimiento de la cuota de reserva de empleo del 2 por 100, sin establecer grado mínimo alguno de discapacidad para el cumplimiento de esta obligación, en coherencia con

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

remisión a la LISMI<sup>448</sup>. Por otra parte, como ya hemos señalado, ni siquiera la normativa reglamentaria de desarrollo de la propia LISMI recurrió a la remisión como técnica, que en este caso sería más que razonable, para la definición de los ámbitos subjetivos de aplicación. El primer hecho citado generó, sin duda alguna, un panorama de dispersión y falta de homogeneidad en los aspectos conceptuales relacionados con la discapacidad y el segundo, muy probablemente, una vulneración del principio de jerarquía normativa.

La LIONDAU descartó también la posibilidad de uniformar un concepto de discapacidad<sup>449</sup> y de establecer una definición única de los ámbitos subjetivos de las normas en relación con la propia discapacidad, y en su artículo 1.2 optó, nuevamente, por acoger su propia definición<sup>450</sup>. Así, este precepto comenzaba con la expresión “a los efectos de esta Ley”, que no deja lugar a la duda sobre las pretensiones de parcialidad de la misma y consagró un panorama normativo confuso y heterogéneo por lo que se refiere a la determinación del concepto de discapacidad y, más concretamente, al establecimiento general de un grado mínimo a partir del cual se pudiera entender que esa situación tiene relevancia

---

la norma que la imponía en aquel momento, y que como bien sabemos no era otra que el artículo 38.1 de la LISMI.

<sup>448</sup> Sirvan como ejemplos relevantes, al margen de la LIONDAU, a la que nos referiremos con mayor detalle en este apartado, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, o la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. En todas ellas se hace mención expresa del grado de discapacidad necesario para ser incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de la norma. En otras, como es el caso de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se utiliza la técnica de la remisión, pero no para hacerlo a la LISMI, sino a la LIONDAU. En todo caso, hay que resaltar el consenso normativo, prácticamente unánime, en establecer el umbral mínimo del grado de discapacidad en el 33 por 100.

<sup>449</sup> En realidad, la LIONDAU no consiguió finalmente uniformar la normativa básica reguladora de la discapacidad, y mantuvo prácticamente inalterado el contenido de la vieja LISMI. La LIONDAU pretendió introducir un planteamiento renovado respecto de la LISMI, dando cabida a una concepción social de la discapacidad, tal como señala QUINTANILLA NAVARRO, B.: «Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad», en VALDÉS DAL-RE, F. (Director) y LAHERA FORTEZA, J. (Coordinador): *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 226.

<sup>450</sup> De hecho, en su articulado la LIONDAU no contenía un concepto de discapacidad, sino más bien una definición de la misma desde el punto de vista jurídico. No obstante, del contenido global de la norma se desprende la percepción de una clara evolución hacia el modelo social de discapacidad, reforzada por el contenido de su exposición de motivos.



jurídica y merece la atención del legislador mediante la aplicación de normativa específica<sup>451</sup>.

Pero, como ya hemos tenido ocasión de señalar anteriormente, al problema de la imprecisión conceptual provocado por la ausencia de una definición general de la discapacidad que pudiera dotar de coherencia interna a nuestro sistema normativo en esta materia tras la entrada en vigor de la LIONDAU, se unió otro, no menos importante, derivado de la inclusión en el artículo 1.2 de esta norma de lo que podríamos denominar una definición indirecta de la discapacidad. Así, después de establecer el mencionado precepto 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 %”<sup>452</sup>, se decía que, en todo caso, serían considerados<sup>453</sup> afectados por una discapacidad en grado igual o superior al 33 % los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tuvieran reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”<sup>454</sup>.

---

<sup>451</sup> En la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007 se aborda, *obiter dicta*, esta cuestión. En su Fundamento de Derecho Primero, la Sentencia dice que para la definición del estatus o condición de discapacitado la ley utiliza el criterio del porcentaje de disminución, y señala expresamente que esta definición “se encuentra en el artículo 7 de la Ley 13/1982”. Lo cierto es que la lectura del precepto invocado no parece llevar a esa conclusión, puesto que en el mismo no se hace referencia alguna al porcentaje mínimo que confiere la condición de persona con discapacidad. Para salvar el obstáculo, en la mencionada Sentencia se dice, a continuación, que el porcentaje mínimo para la consideración de persona con discapacidad está cifrado en el 33 por 100 y, literalmente, que “el precepto que lo fija es en la actualidad el *art 1.2 de la Ley 51/2003*”. Resulta curioso que en una resolución judicial que utilizará la expresión “a los efectos de esta ley” del artículo 1.2 de la LIONDAU para negar el valor universal de la asimilación que contiene el segundo párrafo de ese precepto, trasvase el contenido de esta norma a la LISMI para fijar el grado mínimo de discapacidad.

<sup>452</sup> Es lo que podríamos denominar una “definición directa” de la discapacidad, referida a la acreditación de un grado mínimo a partir de la valoración efectuada por el organismo competente y a partir de lo establecido en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

<sup>453</sup> Encajaría aquí, pues, lo que hemos denominado “definición indirecta” o por asimilación.

<sup>454</sup> Los conceptos de discapacidad e incapacidad permanente presentan numerosos puntos de proximidad, si bien corresponden a ámbitos jurídicos claramente diferenciados, ya que la regulación de la incapacidad permanente, en su modalidad contributiva, se halla contenida en los artículos 136 a 143 del vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Se determina que es incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

En definitiva, estamos ante un supuesto de asimilación de una circunstancia a otra, próxima pero diferente. Las razones que llevaron al legislador a acoger esta fórmula indirecta de determinación de la existencia de una discapacidad jurídicamente relevante no aparecen expresamente recogidas en la exposición de motivos de la norma, pero bien pudieran obedecer a cuestiones de índole esencialmente práctica, en el sentido de facilitar la acreditación de la condición de persona con discapacidad a quienes ya han tenido una valoración de su capacidad en procesos de reconocimiento de situaciones de incapacidad permanente en el ámbito de la Seguridad Social. También, por qué no decirlo, en la inclusión de esta asimilación en la LIONDAU pudo pesar la evidente saturación de los servicios competentes para la valoración y calificación de la discapacidad en muchas Comunidades Autónomas, en los que se apreciaban listados de solicitudes cuyas dimensiones no se compadecían con la capacidad de esos servicios para resolverlas en plazos razonables. Ni que decir tiene que la definición indirecta de la discapacidad que introdujo la LIONDAU vino a aliviar notablemente la presión de los mencionados servicios, aun cuando la paulatina aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, ha relativizado notablemente ese alivio.

Así pues, podemos concluir que la LIONDAU contenía una definición de discapacidad conceptualmente pobre, puesto que se limitaba a remitirse al resultado de la valoración que se produjera a partir de lo dispuesto en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre<sup>455</sup>, pero resolvió el problema de

---

objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral, si bien cuando tales reducciones existieran en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social será posible la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando “se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación”. Además de otros matices, el de la imposibilidad de valorar situaciones de discapacidad originarias o preexistentes a la afiliación es una de las principales diferencias entre el concepto legal de incapacidad permanente con respecto al de discapacidad.

<sup>455</sup>La valoración de las situaciones de discapacidad y la calificación de su grado se efectúa previo examen del interesado por los órganos técnicos competentes. A tal efecto, esta norma fija unos baremos, calificando en grados las situaciones de discapacidad, en función del alcance de las mismas, de acuerdo con criterios técnicos unificados, fijados mediante los mencionados baremos, siendo objeto de valoración tanto las limitaciones en la actividad que presente la persona, como,

incertidumbre que había planteado la LISMI, al referirse expresamente a un grado mínimo de discapacidad para que un ciudadano pudiera ser acreedor a las medidas de acción positiva que contenía la propia LIONDAU. En este sentido, parecía haber un reconocimiento implícito de la insuficiencia de la definición de la LISMI, pero no se aprovechó la circunstancia de la tramitación y posterior aprobación de la nueva norma para corregir tales carencias, reforzando incluso las diferencias al restringir la definición de discapacidad “a los efectos de esta Ley”<sup>456</sup>. Por otra parte, esta misma fórmula restrictiva acentuó la percepción de que la LISMI omitía el establecimiento de un grado mínimo de discapacidad, y que esa omisión era aceptada por el legislador, que no la corrigió en el sentido de la LIONDAU.

### **B) El concepto de discapacidad por asimilación en la LIONDAU**

Por otra parte, el artículo 1.2 de la LIONDAU planteaba un segundo problema, no menos relevante que el anterior, si bien en este caso con una respuesta jurisprudencial concreta y contundente. Se trataba del alcance de la asimilación del artículo 1.2 de la LIONDAU en relación con el contenido de normas anteriores, como la LISMI, que no hacían referencia alguna a esta fórmula indirecta de determinación de la existencia de discapacidad. Es, precisamente, en esta cuestión, en la que se presentó en toda su dimensión el problema de la incoherencia interna de nuestro sistema normativo en esta materia, y la inexplicable heterogeneidad en el tratamiento de una cuestión única. Lo cierto es que, por más que se empeñe el legislador, la discapacidad existe o no existe, sin que parezca plausible que a determinados efectos sea apreciable y a otros no lo

---

en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social. El grado de discapacidad se expresa mediante un porcentaje, de modo que para la determinación del mismo, el porcentaje obtenido en la valoración de las limitaciones en la actividad se modificará, en su caso, con la adición de la puntuación obtenida en el baremo de factores sociales sin que ésta pueda sobrepasar los 15 puntos. El porcentaje mínimo de valoración de las limitaciones en la actividad sobre el que se puede aplicar el baremo de factores sociales complementarios no podrá ser inferior al 25 %.

<sup>456</sup> La LIONDAU presentaba, en muchos aspectos, un respeto casi reverencial hacia la LISMI, cuyo valor de norma pionera en el tratamiento integral de la discapacidad y en el reconocimiento de los derechos sociales de las personas que la presentan ha supuesto, en ocasiones, un freno evidente para normas posteriores a la hora de cuestionar sus contenidos. Como ya hemos tenido ocasión de señalar, en relación con la desaparición de planteamientos básicos de la LISMI respecto de la prioridad del fomento del empleo de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario, no se puede decir lo mismo del vigente TRLGD.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

sea, máxime cuando partimos de un modelo de discapacidad que, por evolución, se presenta cercano a los aspectos sociales relacionados con la vida de las personas con discapacidad, y no únicamente a las peculiaridades estrictamente patológicas que puede presentar un individuo.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión, conviene analizar la estructura del precepto que la provocó. El artículo 1.2 de la LIONDAU, como ya hemos dicho, establecía 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 %” para, después de un punto y seguido, establecer la asimilación a esa discapacidad de determinados supuestos de incapacidad permanente “en todo caso”. Esta expresión pudiera conducirnos a entender que la LIONDAU universalizaba la asimilación y que, por tanto, desde su entrada en vigor todas las personas que tuvieran reconocidas pensiones de incapacidad permanente en los grados que la norma señalaba podían contar con los beneficios correspondientes a la consideración de personas con discapacidad, “en todo caso”. La cuestión mostró su importancia y la relevancia que presentaba en la práctica muy rápidamente, hasta el punto de que se produjeron varios casos de personas que pretendían hacer valer su condición de persona con discapacidad en ámbitos no estrictamente incluidos en la normativa contenida en la LIONDAU, al amparo de resoluciones administrativas del Instituto Nacional de la Seguridad Social en las que se reconocían pensiones de incapacidad permanente, pero sin el reconocimiento expreso de la discapacidad por parte del organismo competente para hacerlo en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

Por su relevancia al iniciar una línea interpretativa que posteriormente no tendría acogida en superior instancia, cabe hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 6 de febrero de 2006<sup>457</sup>. En esta resolución judicial se abordaba la cuestión del alcance de la asimilación que contenía el último párrafo del artículo 1.2 de la LIONDAU, y se acogía favorablemente la pretensión de que operaba con carácter inmediato y universal, incluso más allá

---

<sup>457</sup> STSJ CANT 115/2006, de 6 de febrero (AS 2006\754).

del contenido normativo de la propia LIONDAU<sup>458</sup>. Curiosamente, el Tribunal se acogía a la “amplitud de miras” con la que nació esta Ley, a la que atribuía, entre otras bondades, la de representar la superación de las viejas políticas asistencialistas. Sobre esta base, se concluyó que la consideración de persona con discapacidad operaba tanto a la hora de acceder a los subsidios previstos en el Art. 12 de la LISMI como a la hora de acceder a las medidas de fomento del empleo previstas en el Art. 26 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, o a los demás programas, prestaciones y servicios sociales destinados a facilitar la plena integración y participación en condiciones de igualdad de las personas a las que el ordenamiento jurídico califica como personas con discapacidad, ya que de lo contrario, se estaría burlando el espíritu y finalidad de la norma. Plausible intento el del juzgador por dotar de homogeneidad a un sistema normativo caracterizado precisamente por lo contrario. Pero fallido, como comprobaremos de inmediato.

En efecto, este planteamiento integrador y homogeneizador de la regulación de la discapacidad no tendría continuidad en la jurisprudencia del TS. La Sentencia de 21 de marzo de 2007<sup>459</sup>, que comienza su fundamentación jurídica reconociendo que la cuestión que se plantea al Tribunal en el recurso de casación para unificación de doctrina “versa sobre la atribución con carácter general del estatus o condición de discapacitado”, vino a resolver la cuestión planteada, que no era otra que determinar si, a partir de la aprobación de la LIONDAU, los perceptores de pensiones de Seguridad Social por encontrarse en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, ostentaban automáticamente a todos los efectos tal condición de personas con discapacidad. El TS concluyó que el contenido del art. 1.2. de la Ley 51/2003 tenía plena eficacia en todo el ámbito de materias de la propia LIONDAU y que éste, y no otro, había de ser el alcance de la expresión “en todo caso”. Pero, a juicio del Tribunal, no alcanzaba a la atribución con carácter general de la condición persona con discapacidad, como

---

<sup>458</sup> No sería el único caso. Por citar otro relevante, idéntica conclusión obtiene la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en sentencia de 14 de junio de 2005.

<sup>459</sup> N° de Recurso 3902/2005, de 21 de marzo (RJ 2007\4999). En el mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2007 (RJ 2007\4627 y RJ 2007\6109), 29 de marzo de 2007 (RJ 2007\6110), 29 de mayo de 2007 (RJ 2007\7394) y 22 de julio de 2008 (RJ 2008\7638).

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

se deducía del pasaje inicial del propio artículo 1.2, ya que tal atribución automática a los perceptores de pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social debía circunscribirse "a los efectos de esta Ley".

Las consecuencias de la aplicación de la jurisprudencia descrita van más allá del mero análisis técnico jurídico, puesto que supusieron la fragmentación normativa de algo tan relevante como es la determinación de la condición de persona con discapacidad, llegando incluso a producir situaciones socialmente injustificables cuando una persona podía acreditar tal condición respecto de unos aspectos y no hacerlo respecto de otros dentro de un mismo ámbito normativo. Pongamos como ejemplo de esta última posibilidad la situación de una persona con discapacidad en el ámbito del empleo y, más concretamente, en el de la incentivación, positiva y negativa, de la contratación laboral de este colectivo. De acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.5 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, una persona que tuviera reconocida una pensión de incapacidad permanente total, aun cuando no se le hubiera reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, podía –y sigue pudiendo– ser contratada por una empresa en las condiciones de la propia Ley y, siempre que cumpliera los restantes requisitos establecidos en la misma. Este tipo de contrataciones genera en la empresa que las realiza el derecho a aplicar importantes bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social. Sin embargo, antes de la entrada en vigor del TRLGD, y a la vista del contenido de la jurisprudencia que hemos analizado, no existiendo asimilación en el artículo 38.1 de la LISMI, este tipo de contrataciones no computaría para el mínimo del 2 por 100 de la cuota de reserva de empleo de esa empresa, en el caso de que estuviera obligada a justificar dicha cuota por tener en su plantilla 50 o más trabajadores. Más allá del acierto interpretativo, lo cierto es que la inestabilidad y la incertidumbre que generó en nuestro sistema de normas un planteamiento general tan deficiente respecto de la determinación de la existencia de una discapacidad jurídicamente relevante, trajo consigo unas consecuencias poco razonables y provocó una indeseada inseguridad jurídica que, como veremos, ha sido paliada tras la entrada en vigor del TRLGD.

### **2.4.4 El concepto de discapacidad tras la refundición de la LISMI y la LIONDAU: la vigente Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social**

En efecto, tras la entrada en vigor el día 4 de diciembre de 2013 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, se ha producido una uniformización del concepto de discapacidad en nuestro derecho, al quedar derogadas tanto la LISMI como la LIONDAU, procediendo el Gobierno en esta concreta cuestión a armonizar los contenidos de ambas, de acuerdo con el mandato contenido en la Disposición Final Segunda de la Ley 26/2011, de 2 de agosto. En este caso, sí parece que el legislador delegado se mantiene dentro de los límites establecidos en el artículo 82 de la CE y en la STC 166/2007, a la que ya se ha hecho referencia, puesto que lo que se pretende, en definitiva, es “lograr la coherencia y sistemática” necesarias en un único texto refundido.

Una de las características del vigente TRLGD es, precisamente, la abundancia de supuestos en los que la refundición de los textos que deroga genera la aparición de aspectos no específicamente recogidos en ninguno de ellos. Así sucede en el caso del concepto de discapacidad, puesto que en su artículo 2.a) la define como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”<sup>460</sup>. En realidad, al legislador delegante se le planteaba en esta cuestión conceptual un dilema de difícil solución por cuanto, como ya hemos visto, la divergencia entre LISMI y LIONDAU en este aspecto era evidente.

Respecto del concepto que aparecía en esta última norma, al que se aproxima en mayor medida, ha desaparecido la precisión de las deficiencias, que en la LIONDAU se referían a las “físicas, mentales, intelectuales o sensoriales”, lo que

---

<sup>460</sup> Este artículo 2 contiene la definición de un buen número de conceptos que la nueva Ley utiliza, y siempre a los efectos de ésta. Así, se hace referencia, entre otros, a la igualdad de oportunidades, a la discriminación directa e indirecta, a la discriminación por asociación –concepto que no aparecía ni en la LISMI ni en la LIONDAU-, a las medidas de acción positiva, a la accesibilidad universal o a los ajustes razonables.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

podría plantear la posibilidad de acoger en este concepto a personas que, sin presentar deficiencias de este tipo, es decir, puramente médicas, pudieran tener otras de carácter social, de cuya interacción con ciertas barreras se dedujera la limitación de su participación en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Resulta apresurado, en un momento tan temprano respecto de la entrada en vigor de la norma, predecir si puede ser éste un aspecto relevante en un futuro próximo, y también resulta dudoso que fuera ésta la intención del legislador delegado, pero lo cierto es que la omisión del origen médico de las tipologías de deficiencias hacen que no resulte descabellado plantearse esta nueva posibilidad. También se aprecia un matiz relevante en la nueva definición de discapacidad, en este caso restrictivo, puesto que mientras en la LIONDAU se hacía referencia a las diversas barreras que “puedan impedir” la participación de las personas que presentan las deficiencias en la vida social en condiciones de igualdad, en el nuevo Texto Refundido no se hace referencia a la mera posibilidad, sino que se exige que debe tratarse de barreras que “limiten o impidan”. Parece que el legislador, por una parte, amplía el ámbito conceptual al no exigir que las barreras deban ser necesariamente impeditivas, acogiendo también la posibilidad de que se produzcan únicamente limitaciones, pero por otra exige que tales limitaciones o impedimentos se presenten como ciertos. Dicho de otro modo, la nueva norma parece referirse a unas situaciones de resultado, descartando las de mera posibilidad, a la hora de determinar la existencia de una discapacidad. Nuevamente, resulta cuestionable que fuera ésta la intención del productor de la norma y, en todo caso, no parece lógica la restricción, puesto que la posibilidad razonable de que una barrera limite o impida la participación en condiciones de igualdad de una persona en la vida social debiera ser suficiente para que el derecho prestara la necesaria atención correctora de las discriminaciones que se generarían a partir de esa posibilidad.

Por otra parte, y teniendo siempre presente la técnica de delegación legislativa utilizada, hay que tener en cuenta la definición que aparecía en otra de las normas objeto de refundición, en este caso la LISMI. En esta norma no se hacía referencia alguna a la interacción de las deficiencias con las barreras, puesto que



únicamente se decía que las posibilidades de integración educativa, laboral o social debían hallarse disminuidas como consecuencia de una deficiencia en las capacidades físicas, psíquicas o sensoriales de una persona. Parece, pues, que el resultado de la armonización de normas en este aspecto es acertado al aproximarse más al concepto de la LIONDAU que al de la LISMI, por tratarse de una norma más moderna y de un concepto más social.

Pero la cuestión no se resuelve sin más con la definición contenida en el artículo 1 del TRLGD, puesto que en el artículo 4.1 de la misma norma se hace referencia a los titulares de los derechos que regula, es decir, al campo de aplicación de la propia norma, en definitiva. Curiosamente, en este artículo 4.1 se reproduce de manera prácticamente literal el concepto del artículo 1.2 de la LIONDAU, estableciendo que son personas con discapacidad aquellas que “presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Únicamente se sustituye la expresión “a largo plazo”, referida a las deficiencias, de la LISMI por la de “previsiblemente permanentes”. La discordancia entre la definición de discapacidad del artículo 1 del TRLGD y la que se contiene en el artículo 4.1 a la hora de determinar su campo de aplicación es evidente, tanto en lo que hace referencia a la ausencia en este último precepto de las limitaciones en la participación de las personas con discapacidad en la sociedad en igualdad de condiciones, como en la ausencia de la exigencia de que el impedimento de tal participación deba ser real, admitiendo simplemente que resulte posible. Desde el punto de vista de la aplicación de la norma, esta discrepancia puede generar problemas a la hora de determinar si estamos o no en presencia de una discapacidad, puesto que podría resultar paradójico, pero posible, que existiendo tal situación de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 del TRLGD, a la persona que la presenta no le fuera aplicable la norma por hallarse fuera de su ámbito de aplicación a tenor de lo dispuesto en su artículo 4.1.

Pero en la práctica, este concepto genérico de discapacidad no servirá para determinar la existencia o no de la misma en las concretas situaciones que se

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

planteen a los órganos calificadores, puesto que el propio artículo 4 del TRLGD, en su apartado segundo, determina que además de lo establecido en el primer apartado, 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<sup>461</sup>. Ese “además” parece abrir una puerta a la posibilidad de que a una persona le pueda ser reconocida la condición de persona con discapacidad con grados inferiores al 33 por ciento, cuando se produzcan los impedimentos de participación plena y efectiva previstos en el artículo 4.1. No obstante, en la práctica esta posibilidad se antoja extremadamente compleja, por requerir criterios de valoración no concretados en la norma y, por tanto, susceptibles de ser asociados con una cierta discrecionalidad. En este concreto aspecto, de *lege ferenda* quizá resultara recomendable reforzar la presencia de las valoraciones psicológicas y sociológicas en los procesos de valoración de la discapacidad.

Finalmente, y como ya habíamos anunciado, el TRLGD ha venido a resolver la cuestión de la asimilación de la incapacidad permanente a la discapacidad, a favor de la regulación que contenía el artículo 1.2 de la LIONDAU, cuyo contenido reproduce de manera prácticamente literal, si bien se omite la expresión “en todo caso” que le precedía. Tal omisión puede resultar perfectamente comprensible desde el punto de vista de que el nuevo TRLGD unifica las regulaciones que contenían LISMI y LIONDAU, por lo que la asimilación se producirá con carácter general en todo caso. Por otra parte, se quiere que las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva puedan determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos, de manera que pudiera suceder que en un concreto ámbito de regulación la asimilación no resultara aplicable. No obstante, la ausencia de la expresión “en todo caso” en relación con la asimilación puede generar problemas interpretativos en el futuro, en el caso de que una norma regule, por ejemplo, incentivos a la contratación laboral de trabajadores con discapacidad sin incluir expresamente la asimilación. Hubiera sido deseable, en este sentido, que el TRLGD hubiera establecido de manera expresa el carácter

---

<sup>461</sup> La norma reglamentaria de valoración del grado de discapacidad no se ha modificado, por lo que continúa siendo el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

subsidiario del contenido de la regulación de su ámbito de aplicación en ausencia de pronunciamiento expreso sobre el mismo en cualquier otra norma.

### **2.5 Valoración de la situación actual en relación con el concepto de discapacidad**

A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores, se puede convenir que hasta la entrada en vigor del TRLGD existía un grave problema de indefinición conceptual de la discapacidad, desde el punto de vista normativo, que ha venido provocando no pocas disfunciones en la aplicación de las normas y en la atención a través de las mismas de los objetivos de política de empleo que justificaron su publicación. No obstante, si bien es cierto que el nuevo Texto Refundido ha resuelto alguna de las incongruencias que la multiplicidad de normas reguladoras de la discapacidad había provocado, especialmente en la cuestión de las asimilaciones de la incapacidad permanente, ha generado otras nuevas al introducir matices en la definición de discapacidad que no estaban en la LIONDAU, en contradicción interna con la definición del ámbito de aplicación del propio TRLGD.

Con carácter general, hemos podido comprobar, a partir del análisis de la normativa internacional y de la comunitaria, así como de la normativa interna de algunos países, un creciente interés legislativo por la delimitación conceptual de la discapacidad y por la ordenación de políticas tendentes a favorecer a este colectivo con medidas de acción positiva que favorezcan la integración laboral de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo. Es una constante en las normativas internacional y comunitaria actuales el rechazo de la discriminación y el impulso de mecanismos que persiguen la igualdad de trato y el diseño de políticas de empleo que reflejen realmente la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. No obstante, no es menos cierto que la dificultad para determinar con precisión el colectivo al que estas medidas van dirigidas es evidente, por cuanto ni la normativa internacional, ni la de la Unión Europea consiguen una delimitación conceptual precisa que permita construir en las normativas internas un concepto de discapacidad homogéneo. Esta circunstancia se aprecia con claridad al acudir al derecho comparado, en el que junto a

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

ejemplos en los que el concepto social de discapacidad aparece de una manera muy marcada, como suceden en el derecho estadounidense, encontramos otros en los que todavía son muy visibles los restos del viejo modelo médico, como ocurre en el caso británico, dificultando de este modo un tratamiento uniforme de la cuestión y haciendo que la traslación de la normativa internacional y comunitaria encuentre dificultades ante la heterogeneidad de la definición de la discapacidad en los distintos países.

Por otra parte, es apreciable la evolución que en nuestro ordenamiento jurídico se ha producido desde un concepto terapéutico o médico de la discapacidad, centrado en la recuperación y rehabilitación del individuo para que pueda recuperar capacidades que le hagan apto para la vida normalizada en sociedad, hacia un concepto social en el que se pone el énfasis en la necesidad del esfuerzo solidario para convertir un entorno social hostil en otro accesible y que permita la inclusión de todos en los procesos ordinarios de la vida social. También son evidentes los esfuerzos del legislador por adaptar nuestra normativa a la del marco europeo comunitario en el que nos encontramos y por incorporar a nuestro derecho interno normas, como es el caso de la LIONDAU y del vigente TRLGD, que sitúen el principio de igualdad de oportunidades como eje central de la producción normativa en esta materia, con la finalidad de combatir eficazmente la discriminación. No obstante, un modelo eficaz de un derecho de la discapacidad necesita, además de los mencionados avances, una sólida construcción de sus fundamentos normativos, y ello pasa necesariamente por partir de un concepto de discapacidad que dote al sistema de la necesaria seguridad jurídica.

La LISMI supuso en su día, sin duda, un hito en todo este proceso, pero ha provocado también ciertos desajustes, especialmente visibles en el ámbito del empleo, como hemos tenido ocasión de comprobar. Por otra parte, la omisión en la LISMI de una referencia precisa al grado de discapacidad necesario para que se pueda considerar que estamos en presencia de una circunstancia relevante desde el punto de vista jurídico y, por tanto, merecedora de políticas específicas de integración, provocó ciertos problemas interpretativos que culminaron con la

quiebra del sistema en lo relativo a la determinación de la condición de persona con discapacidad.

El primer problema vino representado, como hemos señalado, por la existencia de una posible vulneración del principio de jerarquía normativa en los reales decretos y en las órdenes que han venido desarrollado distintos aspectos de la LISMI, muchos de los cuales siguen vigentes tras la entrada en vigor del TRLGD. Estos *ultra vires* pueden haberse producido como consecuencia de la falta de habilitación legal en la norma con rango de Ley para establecer un grado mínimo de discapacidad, algo que las normas reglamentarias han venido haciendo de modo prácticamente general. Siendo así, resultaría que tales desarrollos reglamentarios estarían viciados de nulidad y, en consecuencia, cualquier persona que tuviera reconocido algún grado de discapacidad, fuera éste el que fuera, hubiera podido ser sujeto de derechos en el marco normativo de la LISMI y, consecuentemente, en el de su normativa de desarrollo. No obstante, la concreción del grado mínimo de discapacidad en el TRLGD parece haber resuelto esta cuestión, si bien genera otras relacionadas con la posibilidad, todavía presente, de que pudiera existir discapacidad jurídicamente acreedora de reconocimiento de derechos específicos sin llegar a ese grado mínimo del 33 por 100. Ausentes en la norma los criterios de concreción de estas situaciones, la posibilidad de que pudieran ser establecidos por vía reglamentaria nos situaría en una posición similar a la generada por la ausencia de fijación de un porcentaje mínimo de discapacidad en la derogada LISMI. Los efectos que un desarrollo apreciable en la práctica de esta posibilidad pudieran tener en el empleo pueden ser significativos<sup>462</sup>.

Un segundo problema que se ha presentado durante muchos años, y que el vigente TRLGD ha resuelto, como hemos visto, derivaba de la definición de discapacidad contenida en la LISMI, en la que se omitía la consideración que a

---

<sup>462</sup> Pensemos en el efecto competitivo que podría suponer, dentro del mercado de trabajo ordinario y también en el protegido, la posibilidad de que deficiencias leves comportaran el reconocimiento de situaciones de discapacidad por apreciación de la posibilidad de limitación de la participación en condiciones de igualdad en la sociedad. La ampliación del concepto de discapacidad por esta vía no concretada legalmente puede tener un efecto expansivo perjudicial para muchas personas con discapacidad, especialmente en el marco de un mercado de trabajo extremadamente selectivo.

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

estos efectos han de tener los reconocimientos de pensiones de incapacidad permanente por parte de los órganos competentes de la Seguridad Social. Esta asimilación aparece en la actualidad en el TRLGD y en la mayoría de textos normativos en los que se contiene regulación de la discapacidad, si bien convendría que aquél expresara inequívocamente su valor supletorio en ausencia de referencia a la asimilación en otras normas.

Conviene realizar, en este apartado valorativo, una mínima reflexión sobre la ausencia de referencias a las tipologías de discapacidad en las dos grandes normas reguladoras que han precedido al TRLGD, y en esta misma norma. Convendría, quizá, sentar las bases del concepto de discapacidad severa o, en términos de empleo, de la determinación de las circunstancias o situaciones que provocan especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo en general, y al empleo estable en particular. De este modo, y sobre el presupuesto genérico del grado mínimo de discapacidad y los supuestos de asimilación con el reconocimiento de pensiones de incapacidad permanente de Seguridad Social, el TRLGD debería determinar los aspectos básicos que condicionarían el reconocimiento de esas peculiaridades negativas que algunas discapacidades presentan, de manera que la normativa de desarrollo pudiera tener pautas estables y homogéneas a la hora de diferenciar positivamente dentro de la discapacidad y de promover políticas sensibles a esas peculiares circunstancias. En este caso, parece que dos parámetros básicos, que podrían perfectamente venir establecidos en el TRLGD, para determinar la existencia de esas discapacidades especialmente relevantes a estos efectos, serían un grado mínimo de discapacidad más elevado y unas tipologías específicas, al menos en una enumeración no exhaustiva, pero homogeneizadora.

Finalmente, saltando de lo puntual a lo general, merece una valoración positiva el esfuerzo compilador que ha supuesto en el concepto de discapacidad la publicación del TRLGD, puesto que la dualidad normativa anterior provocaba numerosas disfunciones, como hemos tenido ocasión de señalar. No obstante, no parece que la técnica legislativa elegida resulte la más indicada, y prueba de ello es que el nuevo Texto Refundido presenta dudas razonables en referencia al

respeto a los límites constitucionales de la delegación legislativa. Para dotar de mayor seguridad jurídica a este ámbito de regulación, y para permitir que el mismo pueda acoger nuevos planteamientos, derivados de la evolución que la propia sociedad presenta en relación con estas cuestiones, muy apreciables en el ámbito internacional y en el derecho comparado, hubiera resultado preferible una legislación parlamentaria pura, a partir de un proyecto de Ley General de la Discapacidad. Por otra parte, la tramitación parlamentaria hubiera posibilitado, sin duda, un debate enriquecedor que ha estado ausente en la delegación legislativa, y hubiera permitido establecer un nuevo marco normativo de la discapacidad que debe ser compatible con la actuación transversal en las distintas áreas de gestión. En este sentido, la transversalidad parece siempre un mecanismo eficaz en el planteamiento de las políticas de integración y de no discriminación, pero ello no debe suponer necesariamente dispersión normativa, ya que una gestión transversal eficaz es perfectamente posible desde una normativa unitaria.

**Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---



## **CAPÍTULO 3: DISCAPACIDAD E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES: LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA PARA EL ACCESO AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

### **3.1 Las medidas de acción positiva a favor del empleo de las personas con discapacidad: delimitación y alcance**

El mandato constitucional, contenido en el artículo 9.2 de la CE, de que la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sea real y efectiva exige necesariamente, en relación con la previsión constitucional específica para las personas con discapacidad, la regulación de mecanismos correctores de las desigualdades iniciales. Con carácter general, ese conjunto de mecanismos que pretenden prevenir y, cuando sea necesario, compensar o eliminar las desigualdades, es denominado “acción positiva”, que puede ser genérica o bien orientada hacia un peculiar aspecto, como ocurre con el empleo.

A la hora de plantear el estudio de las medidas de acción positiva, conviene distinguir dos grandes grupos: por una parte, las dirigidas básicamente a la corrección de tendencias contrarias a la igualdad de oportunidades y, por otra, aquellas más contundentes que pretenden la obtención de unos determinados resultados<sup>463</sup>. En este sentido, se ha llegado a hablar de medidas meramente promocionales para referirse a las primeras, resultando en la práctica las más habituales y las mejor aceptadas, con carácter general, por la jurisprudencia comunitaria y por la española<sup>464</sup>. Se trata de medidas cuya finalidad es incidir en el origen de la desigualdad, planteando alternativas en el marco del empleo a las

---

<sup>463</sup> PÉREZ DEL RÍO, T: «Introducción. Principios de discriminación indirecta y acción positiva. Estructura y articulación de la negociación colectiva», en AAVV (Coord. PÉREZ DEL RÍO, T.): *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid, Instituto de la Mujer, 1997, págs. 33 a 34.

<sup>464</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: «Los elementos conceptuales de la ley para la igualdad y la herencia comunitaria», *Temas Laborales* núm. 91/2007, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2007, págs. 113 a 114. La autora señala que, de entre todas las modalidades de acción positiva, las de resultado son las más cuestionadas por el TJUE, por cuanto el perjuicio ocasionado a los integrantes del colectivo excluido del beneficio es más evidente.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

tendencias contractuales más comunes, de modo que los empresarios contratantes puedan ver la contratación de trabajadores con discapacidad como una alternativa atractiva. La mayoría de las medidas de acción positiva que analizaremos, y que conforman el grueso de las que contempla nuestra normativa, tienen este carácter proactivo o promocional, de modo que lo que se pretende es obtener un resultado corrector de las discriminaciones en la contratación laboral de trabajadores con discapacidad a través de la transformación de los hábitos contractuales de los empresarios. En este sentido, también podemos hablar de medidas culturales o de acción positiva indirecta.

Estas medidas de acción positiva tenue o promocional tienen diferentes manifestaciones, siendo las más frecuentes el establecimiento de ventajas económicas para los empresarios que contratan trabajadores con discapacidad. Tales ventajas se concretan, básicamente, en forma de subvenciones a tales contrataciones o en el establecimiento de bonificaciones o reducciones en las cuotas de la Seguridad Social que se derivan de las mismas. También podemos incluir en este grupo de medidas promocionales las relacionadas con la duración de los contratos de trabajo celebrados con personas con discapacidad<sup>465</sup> o el establecimiento de peculiaridades en las extinciones de los mismos, consistentes generalmente en una disminución del coste indemnizatorio para los empresarios<sup>466</sup>.

Sin embargo, como tendremos ocasión de comprobar, dentro del conjunto de medidas correctoras de la discriminación que sufren las personas con discapacidad en el mundo laboral, también encontramos abundantes ejemplos en las normativas nacional e internacional de acciones afirmativas de resultado, en las que el componente promocional queda marcadamente supeditado a la imposición de obligaciones contractuales. Estos mecanismos, centrados

---

<sup>465</sup> La Disposición Adicional Primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, regula el denominado contrato temporal de fomento de empleo para personas con discapacidad, que puede tener una duración determinada de entre uno y tres años.

<sup>466</sup> El denominado Contrato de Fomento de la Contratación Indefinida incluyó, durante su vigencia, medidas de este tipo, al rebajar el importe de las indemnizaciones por extinciones contractuales objetivas improcedentes. La reforma laboral de 2012, plasmada en el Real Decreto ley 3/2012, de 10 de febrero y en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha derogado esta modalidad contractual.

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

básicamente en el establecimiento de cuotas de reserva en la contratación de trabajadores con discapacidad, han sido denominados también mecanismos o medidas de discriminación inversa<sup>467</sup> o de discriminación positiva<sup>468</sup>, cuya presencia ha sido, como ya hemos señalado, intensamente debatida y, en ocasiones, contestada por la jurisprudencia comunitaria<sup>469</sup>. En este último ámbito, se ha establecido expresamente la protección ante la denominada discriminación refleja o transferida, que es la que puede sufrir una persona que no presenta discapacidad por su vinculación a una persona con discapacidad, extendiendo también en estos casos a esas personas los efectos benéficos de la acción positiva como mecanismo corrector de la discriminación<sup>470</sup>.

En el origen de estas medidas de discriminación inversa se halla, sin duda, en la necesidad de paliar de manera expeditiva, y en ocasiones contundente si se tienen en cuenta las consecuencias sancionadoras que se derivan de este tipo de acciones, la falta de igualdad de oportunidades que determinados colectivos tienen para el acceso al empleo y el mantenimiento de un puesto de trabajo. Algunos autores señalan como origen de este tipo de acciones las prácticas llevadas a cabo por los colonizadores británicos para intentar paliar la marcada separación de clases sociales existente en la India como consecuencia de la división social en castas<sup>471</sup>, resultando incuestionable la presencia de estas acciones afirmativas en Estados Unidos a partir de la década de los 70 y en

---

<sup>467</sup> BALLESTER PASTOR, M.A., «Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marschall)», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1998, págs. 725 a 751. En realidad, el concepto de discriminación inversa es confuso, ya que en ocasiones es utilizado para hacer referencia a acciones positivas ilícitas, por excesivas, desproporcionadas o incompatibles con los límites legalmente establecidos para este tipo de medidas. No obstante, algunos autores lo consideran un término idóneo, puesto que alude a la compensación de una discriminación material del colectivo de personas con discapacidad. En este último sentido, RUIZ MIGUEL, A.: «La discriminación inversa y el caso Kalanke», *Pablo Iglesias*, Madrid, 1994, pág. 81.

<sup>468</sup> DURÁN Y LALAGUNA, P.: «Discriminación positiva o acciones positivas», *Persona y Derecho*, 54, Universidad de Navarra, 2006, pág. 161.

<sup>469</sup> Así, por ejemplo, en la Sentencia del entonces denominado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de octubre de 1995, en relación con el denominado caso Kalanke, a la que nos referiremos más adelante.

<sup>470</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, y MERCADER UGUINA, J.: «Nuevas contribuciones a la construcción del concepto de discriminación: la discriminación refleja o transferida (la STJCE de 17 de julio de 2008, asunto Coleman)», *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, *Lex Nova*, Nº. 37, 2009, págs. 5 a 10.

<sup>471</sup> RUIZ MIGUEL, A.: «La discriminación inversa y el caso Kalanke», *Doxa*, núm. 19, 1996, pág. 125.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Europa una década después. La justificación de la contundencia de estas medidas suele centrarse en la gravedad de las situaciones de discriminación previa y en la evidente desigualdad de oportunidades que tales situaciones provocan en las personas que conforman los grupos afectados a la hora de acceder al empleo<sup>472</sup>. El caso de las personas con discapacidad, en este ámbito, suele ser uno de los más recurrentes a la hora de aceptar la necesidad de acciones afirmativas severas, en el sentido de la discriminación positiva a la que nos hemos venido refiriendo, y ello tanto en el ámbito público como en el privado.

Una vez centrada la cuestión, y planteada la diferencia de enfoque que unas medidas de acción positiva moderadas tienen frente a otras más contundentes, podemos definir a unas y a otras como el trato formalmente desigual que basa la diferencia de tratamiento en la pertenencia a un grupo que comparte la posesión de un rasgo minusvalorado, y que se caracterizan por ser acciones que favorecen a los miembros de un colectivo por su pertenencia al mismo y no por sus circunstancias individuales<sup>473</sup>. La referencia al aspecto colectivo o grupal es lo que, en definitiva, justifica la aparición de las medidas de acción positiva contundentes<sup>474</sup>, que bien podemos denominar a partir de ahora “directas”<sup>475</sup>, por oposición a aquellas otras meramente orientadoras de comportamientos empresariales y a las que ya nos hemos venido refiriendo como “promocionales”.

Con frecuencia se ha buscado, como elemento diferenciador entre unas y otras medidas de acción positiva, el perjuicio que pudieran causar en terceros ajenos al grupo al que se pretende favorecer con estas acciones. No obstante, lo cierto es que tal circunstancia no depende tanto del tipo de medida que se pretenda aplicar, sino del grado de implantación que tenga la misma. De este modo, podemos convenir que, en el marco de un mercado de trabajo limitado y selectivo,

---

<sup>472</sup> Seguramente, también pueda señalarse como causa frecuente en muchos casos del recurso a estas medidas directas el fracaso, en términos de resultados reales, de las promocionales.

<sup>473</sup> GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 62.

<sup>474</sup> Si bien, como veremos al final del presente capítulo, también hay medidas, como los ajustes razonables, con un alto grado de individualización, que pueden ser consideradas de acción positiva a pesar de ello.

<sup>475</sup> Intentando, de ese modo, obviar la confusa referencia a la discriminación inversa o a la discriminación positiva.

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

el éxito de una medida de acción positiva podrá provocar perjuicios en personas que no pertenezcan al colectivo favorecido por la medida, especialmente en situaciones en las que el empleo se contrae de modo muy evidente, como viene ocurriendo en España desde el año 2008. La diferencia, en realidad, entre las medidas promocionales y las medidas directas radica en el grado de persuasión que puedan tener unas y otras en aquellos a quienes van dirigidas, teniendo en cuenta que, en todos los casos, las medidas no van destinadas directamente a los afectados por la falta de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, sino a quienes tienen capacidad para modificar esta situación alterando las políticas de contratación en las empresas.

Las reticencias, más o menos veladas, de ciertos sectores doctrinales, y las muy notorias que algunos órganos jurisdiccionales han mostrado en ocasiones hacia las medidas de acción positiva directas, en realidad no vienen dadas por el planteamiento en sí de las mismas, sino por la probabilidad de que ésta resulte o no eficaz. Hay en este planteamiento una notable contradicción entre el deseo de erradicar la discriminación y favorecer la igualdad de oportunidades, y el de hacer compatible tales propósitos con los principios generales de las normativas comunitarias y nacionales. De hecho, como hemos señalado, el criterio del perjuicio de tercero que parece inspirar la separación teórica entre unas medidas y otras, en realidad tiene más que ver con la eficacia de la medida que con su propia naturaleza. Seguramente, en términos de valor práctico, la clasificación más interesante de las medidas de acción positiva sería aquella que distinguiera entre las que son eficaces y las que no lo son, considerando su capacidad para corregir situaciones de desigualdad de oportunidades<sup>476</sup>.

---

<sup>476</sup> En este sentido, al analizar los incentivos económicos para la contratación laboral de las personas con discapacidad, que veremos en el capítulo siguiente, un elemento esencial a valorar respecto de cada uno de ellos es la medida en la que han sido capaces de corregir las pésima situación de partida del colectivo formado por las personas con discapacidad en relación con la tasa de actividad y con la tasa de desempleo, respecto de las personas que no presentan discapacidad.

### **3.2 La acción positiva en la normativa internacional**

La presencia de medidas de acción positiva en el Derecho Internacional es abundante, tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el de los distintos Organismos internacionales.

Comenzando por estos últimos, la Organización de las Naciones Unidas, en distintas normas, ha venido recurriendo a este tipo de medidas para favorecer la efectiva igualdad de las personas con discapacidad en múltiples ámbitos. Ya en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos<sup>477</sup>, que fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su trigésimo séptimo período de sesiones, por resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982, se aprecia la presencia de este tipo de medidas, necesarias si partimos, como se hace en este Programa, de que para lograr los objetivos de "participación e igualdad plenas", no bastan las medidas de rehabilitación orientadas hacia las personas con discapacidad, sino que las sociedades deben reconocer que, pese a los esfuerzos que se hagan en materia de prevención, siempre habrá un número de personas con deficiencias e incapacidades, y deben identificar y eliminar obstáculos a la participación plena. Sobre la base de esta concepción, las medidas de acción pertinentes propuestas en este Programa se definen como de prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades, siendo la finalidad básica de estas últimas que las políticas en materia de incapacidades aseguren el acceso de las personas con discapacidad a todos los servicios de la comunidad.

Especialmente relevantes dentro del PAMI resultan las consideraciones en materia de empleo, puesto que se realizan una serie de apreciaciones en relación con la situación de las personas con discapacidad en este ámbito que resultan de gran importancia a la hora de valorar y ponderar la necesidad de aplicar medidas de acción positiva. Así, se dice que a estas personas se les niega en muchas ocasiones el acceso al empleo, mientras que en otras se les ofrecen trabajos serviles y mal remunerados, aun cuando se ha constatado que con una adecuada

---

<sup>477</sup> El Programa de Acción Mundial para los Impedidos fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su trigésimo séptimo período de sesiones, por Resolución 37/52, de 3 de diciembre de 1982.

## **Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad**

---

labor de evaluación, capacitación y colocación, la mayor parte de las personas con discapacidad puede realizar, de manera adecuada de acuerdo con las normas laborales existentes, una amplia gama de tareas. Por otra parte, y junto con esa evidente dificultad en el acceso al empleo, las personas con discapacidad que tienen trabajo son, con frecuencia, las primeras en ser despedidas en épocas de crisis económica, resultando probado que en algunos países industrializados que sienten los efectos de la recesión económica, la tasa de desempleo entre las personas con discapacidad que buscan trabajo llega a ser el doble de la que se da entre las que no presentan discapacidad. Por último, resalta el PAMI que a las dificultades de acceso y mantenimiento del empleo para las personas con discapacidad se unen en muchas ocasiones factores sociales, geográficos, culturales, o familiares que agravan notablemente esta situación de desigualdad; una circunstancia especialmente relevante en este sentido es la de que el progresivo desplazamiento desde regiones rurales hacia los centros urbanos provoca una mecanización e industrialización de los procesos productivos que, junto con la desintegración de la familia extensa, provoca una evidente agravación de la falta de oportunidades de trabajo para las personas con discapacidad.

Sobre la base de este análisis, y sin perjuicio de las acciones preventivas y rehabilitadoras que pudieran favorecer una mayor presencia de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo y una mejor calidad de las relaciones laborales de estas personas, el PAMI hace precisa referencia a las medidas de acción positiva. Así, en el apartado 129 se dice que los Estados pueden apoyar la integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral abierto mediante planes de cuotas con incentivos, empleos reservados o designados, préstamos o donaciones para pequeñas empresas y cooperativas, contratos exclusivos o derechos de producción prioritaria, exenciones impositivas, adquisiciones preferenciales u otros tipos de asistencia técnica o financiera a empresas que emplean a estos trabajadores. Aparecen en esta relación, como vemos, medidas de diversa índole e intensidad, de modo que se aprecian acciones directas tales como las cuotas de reserva de empleo –que aquí se denominan “empleos reservados o designados”- junto con otras de naturaleza

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

promocional u orientadora, estableciendo un patrón que se repetirá en la mayoría de los ámbitos normativos, internacionales e internos, en el que se apuesta por la conjunción de todas estas medidas pretendiendo crear un “sistema incentivador” de resultados del cual la respuesta de los empresarios contratantes a la posibilidad de emplear a trabajadores con discapacidad mejore progresivamente hasta alcanzar cotas de igualdad aceptables en relación con el resto de trabajadores. Similar planteamiento encontramos, dentro del mismo ámbito internacional, en las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, de 20 de diciembre de 1993, cuyo artículo 7.2 dice expresamente que los Estados deben apoyar activamente, mediante diversas medidas, la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo<sup>478</sup>.

Sin apartarnos de la producción normativa de la ONU, especial mención merece en este ámbito de las medidas de acción positiva para el empleo de las personas con discapacidad la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo aprobados, como ya hemos tenido ocasión de señalar, el día 13 de diciembre de 2006. La relevancia de esta norma es incuestionable y, consecuentemente, la inclusión en la misma de las medidas de acción positiva viene a representar el consenso internacional sobre la necesidad de aplicar estas técnicas correctoras de las desigualdades en las normativas reguladoras del empleo de las personas con discapacidad.

La Convención comienza por resolver una cuestión que no se planteó anteriormente en el PAMI, y que resulta de extraordinaria importancia a la hora de admitir la posibilidad de incluir medidas de acción positiva, tanto directas como promocionales, en la normativa de empleo, puesto que pudiera cuestionarse la afectación que tales medidas pudieran tener en el derecho a la igualdad de

---

<sup>478</sup> Como ejemplo de tales medidas se citan la capacitación profesional, los planes de cuotas basadas en incentivos, el empleo reservado, préstamos o subvenciones para empresas pequeñas, contratos de exclusividad o derechos de producción prioritarios, exenciones fiscales, supervisión de contratos u otro tipo de asistencia técnica y financiera para las empresas que empleen a trabajadores con discapacidad. Junto con la enumeración de estas medidas, se requiere a los Estados para que estimulen también a los empleadores a que hagan ajustes razonables para dar cabida a personas con discapacidad, medida esta última claramente promocional pero cuyo adecuado uso puede resultar especialmente eficaz en relación con la consecución del objetivo de la igualdad efectiva en el empleo de las personas con discapacidad. El último apartado de este capítulo está dedicado al análisis de los ajustes razonables.



## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

oportunidades del conjunto de los trabajadores. En este aspecto la Convención, tras exigir a los Estados la adopción de todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables, con la finalidad de promover la igualdad y eliminar la discriminación, afirma en su artículo 5.4 que no se considerarán discriminatorias las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad. Destacan especialmente dos aspectos en esta formulación:

1. La omisión de la referencia a que estas medidas deban tener carácter temporal, que resulta insólita considerando que en otros ámbitos tal característica las ha acompañado siempre<sup>479</sup>.
2. La amplia consideración que la Convención tiene de este tipo de medidas, sin hacer distinciones entre las directas y las orientadoras, y con una vocación marcadamente finalista de todas ellas al establecer que su justificación está en la necesidad de su implantación para lograr la igualdad efectiva de las personas con discapacidad.

Sobre la cuestión de la temporalidad de las medidas de acción positiva, conviene señalar que en modo alguno puede entenderse que la omisión a tal característica en la Convención pueda deberse a un olvido, puesto que el carácter temporal o permanente de las medidas deberá estar relacionado con el fundamento finalista de las mismas, de modo que únicamente deberán desaparecer cuando pueda constatarse que su efecto ha provocado la consecución de la igualdad de hecho

---

<sup>479</sup> Especialmente relevante, por la abundancia de medidas de acción positiva en este ámbito, es la normativa internacional en materia de igualdad por razón de sexo. Así, el Comité para la Igualdad entre Hombres Y Mujeres del Consejo de Europa, define al conjunto de estas acciones como una estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de unas medidas, de carácter temporal, que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales, de modo que constituyen un instrumento que desarrolla el principio de igualdad de oportunidades y que tiende a corregir las desigualdades. Por otra parte, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de diciembre de 1979, se dice expresamente que la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal (estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato) encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas (artículo 4).

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

de las personas con discapacidad a que hace referencia el artículo 5.4<sup>480</sup>. Para finalizar con el análisis de esta norma internacional, hay que señalar que en el específico ámbito del empleo no se hace referencia expresa a la posibilidad de establecer cuotas en la contratación de trabajadores con discapacidad, sin que ello signifique que la Convención desprece esta posibilidad, ya que se trata de un mecanismo que ha mostrado ampliamente su valor como medida correctora de las desigualdades en este ámbito, por lo que su uso y caracterización vendrán determinados por la formulación finalista genérica a la que hemos hecho referencia. No obstante, la Convención ordena a los Estados Partes la salvaguarda y protección del 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 las que se halla la promoción del 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”. Aun admitiendo que en sentido estricto las cuotas de reserva de empleo no pueden constituir un incentivo para los empresarios –si bien pueden serlo en el sentido de que el cumplimiento de tales cuotas evita actuaciones administrativas sancionadoras- lo cierto es que se trata sin duda de medidas de acción afirmativa o positiva y, por tanto, posibles en el marco de la Convención aun cuando no aparezcan expresamente mencionadas, quizá por entender que no corresponde a una norma de esta naturaleza contener prescripciones tan específicas<sup>481</sup>.

Una vez analizadas las normas más relevantes en esta materia emanadas de la ONU, y antes de abordar el estudio de las producidas en el ámbito europeo, conviene señalar que también la Organización Internacional del Trabajo ha

---

<sup>480</sup> Parece justificado, incluso, plantear que estas medidas debieran mantenerse en el tiempo una vez logrado su objetivo, cuando razonablemente se pueda presumir que su desaparición provocaría una involución hacia el estadio inicial de desigualdad que las generó.

<sup>481</sup> PALACIOS RIZZO, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes...*, op. cit., págs. 404 a 405. La autora señala que durante la tercera sesión de la elaboración de la Convención, en una nota se dejaba constancia de que la inclusión expresa de las cuotas como método de incentivación a los empleadores podía suscitar controversia, y quizás requería mayor análisis. De hecho, algunas Delegaciones, como las de Australia y Nueva Zelanda, consideraron que “acciones positivas, incentivos y cuotas” era una referencia demasiado específica para una norma como la que se estaba elaborando, de modo que la referencia a estas últimas no apareció en el texto definitivo de la Convención.

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

incluido las medidas de acción positiva entre los instrumentos correctores de las discriminaciones y favorecedores de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Así, en el Convenio nº 159, de 22 de junio de 1983, al definir los principios de política de readaptación profesional y de empleo para personas inválidas, se establece que dicha política se basará en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general (artículo 4). En el mismo precepto se exige el respeto a la igualdad de oportunidades y de trato para trabajadoras inválidas y trabajadores inválidos y, específicamente, se establece que no deberán considerarse discriminatorias respecto de los trabajadores que no presentan discapacidad las “medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores”.

En el ámbito del Consejo de Europa, es muy apreciable la presencia de regulaciones en las que aparecen referencias a las medidas de acción positiva en el Derecho comunitario. Ya en la Carta Social Europea están implícitas estas medidas<sup>482</sup>, si bien su concreción y grado de cumplimiento no resultan fácilmente determinables<sup>483</sup>, y lo mismo sucede con diversas Recomendaciones<sup>484</sup>.

Entrando en el análisis de la normativa europea, conviene comenzar haciendo referencia a las normas básicas del Derecho comunitario. En el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ya aparecía de manera expresa la mención a las medidas de acción positiva, si bien fuera del ámbito de la discapacidad, ya que venía referidas al de la igualdad de trato entre mujeres y

---

<sup>482</sup> Su artículo 15 ya hacía referencia, en el redactado original de 1961, al compromiso de “adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a las personas con discapacidad, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación”. Entre estas medidas de estímulo pueden entenderse perfectamente incluidas las de acción positiva.

<sup>483</sup> GIMÉNEZ GARCÍA, F.: «La Carta Social Europea (Revisada): Entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas», Revista Electrónica de Estudios Internacionales, Nº. 17, 2009, págs. 29 a 30.

<sup>484</sup> Destaca muy especialmente la Recomendación R (92) 6, del Consejo de Europa, sobre la elaboración de una política coherente en materia de personas discapacitadas, en la que aparecen expresamente citadas las cuotas de reserva de empleo.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

hombres en el trabajo<sup>485</sup>. Así, en el artículo 141.4<sup>486</sup> se decía que el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. Esta manifestación, que tendrá continuidad en la normativa comunitaria derivada<sup>487</sup>, tendrá gran relevancia, puesto que destierra la posible invocación de discriminación en relación con las medidas concretas que pretenden favorecer a quienes sufren discriminación en el acceso al empleo y en el mantenimiento de su puesto de trabajo. En este sentido, cabe considerar a la acción positiva como una verdadera manifestación del principio de igualdad, y no como una excepción al mismo<sup>488</sup>.

Siguiendo con las normas básicas de la Unión Europea, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989 dedica su artículo 26 a las personas con discapacidad, estableciendo que todas ellas deben poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social. Esta alusión inconcreta a las medidas de acción positiva se materializa con la referencia, en particular y según las capacidades de los interesados, a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda. La Carta Comunitaria, que realiza una invocación genérica a luchar contra toda forma de discriminación<sup>489</sup>, no llega a establecer de manera inequívoca las medidas de acción directa, pero parece diseñar un marco inspirado en la necesidad de arbitrar medidas adicionales para las personas con discapacidad en relación con el empleo y el trabajo. Por otra parte, la Carta de los Derechos

---

<sup>485</sup> Se ordena al Consejo que adopte medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

<sup>486</sup> Artículo 157.4 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Diario Oficial de la UE de 30 de marzo de 2010).

<sup>487</sup> Directivas 76/207/CE, 2002/73/CE y 2006/54/CE, entre otras.

<sup>488</sup> SIERRA HERNÁIZ, E.: *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999, Capítulo IV.

<sup>489</sup> A pesar de que, al particularizar esas formas hace referencia únicamente al sexo, el color, la raza, las opiniones y las creencias, e invoca el espíritu de solidaridad para luchar contra la exclusión social. No hay, pues, una mención expresa a la discapacidad.

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

Fundamentales de la Unión Europea (2000/C364/01)<sup>490</sup> también hace expresa referencia a las medidas de acción positiva, reconociendo y respetando el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad<sup>491</sup>; aunque con una formulación amplia, lo cierto es que entre esas medidas indudablemente se encuentra la acción positiva, tanto directa como promocional.

Dentro ya del análisis de la vasta normativa europea, podemos comenzar haciendo referencia a la Recomendación del Consejo, de 24 de julio de 1986 (86/379/CEE), sobre el empleo de los *minusválidos* en la Comunidad. Ya en aquel momento, y sobre la base de la prohibición de toda discriminación, se situaba a las medidas de acción positiva en el centro de la lucha contra esta lacra social<sup>492</sup>. En esta Recomendación, además, aparecen expresamente mencionadas las cuotas de reserva de empleo para las personas con discapacidad, y además lo hacen bajo la rúbrica “Acciones positivas en favor de los *minusválidos*”; concretamente, se hace referencia a la fijación por los Estados miembros, siempre que resulte apropiado teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los diversos sectores y empresas, y previa consulta a las organizaciones de personas con discapacidad y a los interlocutores sociales, de objetivos cuantificados realistas de empleo de personas con discapacidad en empresas públicas o privadas, que tengan un número mínimo de asalariados, que puede situarse entre 15 y 50. Así pues, ya en aquellos momentos se abre decididamente la puerta, aunque sea a través de un instrumento regulador no especialmente contundente, a la posibilidad de aplicar medidas de acción positiva directa, y se dice además que debieran adoptarse medidas para hacer públicos los objetivos

---

<sup>490</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2000.

<sup>491</sup> En este caso, al prohibir toda clase de discriminación sí se incluye expresamente la discapacidad como circunstancia específica.

<sup>492</sup> Genéricamente, se recomienda a los Estados que adopten todas las medidas convenientes para garantizar el trato equitativo de las personas con discapacidad en materia de empleo y de formación profesional, incluyendo tanto la formación inicial y el primer puesto de trabajo como la rehabilitación y la reinserción. Ese principio de igualdad de trato debe plasmarse especialmente en tres situaciones: en el acceso a un puesto de trabajo y a una formación profesional, normal o específica, incluyendo los servicios de orientación, colocación y seguimiento; en el mantenimiento del empleo o de la formación profesional, así como la protección contra el despido injusto; y, finalmente, en las oportunidades de promoción y de formación permanente.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

cuantificados de empleo para las personas con discapacidad, que deben ser realistas y ser alcanzados. Junto a esta medida directa<sup>493</sup>, la Recomendación de 24 de julio de 1986 contiene otras medidas de carácter promocional, favorecedoras del fomento del empleo de las personas con discapacidad<sup>494</sup>.

Tras esta primera incursión en la normativa comunitaria, es obligado analizar el contenido de la Directiva 2000/78/CE, que puede ser considerada la norma de referencia en esta materia por incorporar de manera decidida la acción positiva como mecanismo imprescindible en la lucha contra la discriminación en el empleo de las personas con discapacidad. La rúbrica del artículo 7 de la Directiva indica claramente esta tendencia, puesto que habla de “Acción positiva y medidas específicas”, y las vincula a la finalidad de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, de manera que el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 de la propia Directiva<sup>495</sup>. Tras el reconocimiento genérico de la acción positiva como mecanismo corrector de las desigualdades, el artículo 7.2 de la Directiva concreta esa acción respecto de las personas con discapacidad, estableciendo que el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral.

---

<sup>493</sup> También podemos entender que es una medida de acción positiva directa la que aparece en el apartado 2.a.ii de la Recomendación, referida a “la adopción de medidas adecuadas para evitar en la mayor medida posible los despidos vinculados con una incapacidad”. Es éste uno de los aspectos más preocupantes en situaciones de crisis, y no parece que ni la normativa comunitaria ni la interna del Estado español hayan profundizado suficientemente en las vías de acción directa encaminadas al mantenimiento del empleo, centrando básicamente esta acción en la contratación.

<sup>494</sup> La Recomendación habla del establecimiento en cada Estado miembro de una guía o un código de buen proceder para la contratación de trabajadores con discapacidad, incluyendo un Anexo con un cuadro orientativo para la elaboración de dicha guía.

<sup>495</sup> Este precepto hace referencia a la lucha contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación.

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

La jurisprudencia del TJUE ha jugado un papel extraordinariamente relevante en la configuración y el alcance de las medidas de acción positiva, así como en la determinación de su relación con el principio de igualdad real y en la negación de la existencia de un principio de discriminación en el uso de estas técnicas incentivadoras del empleo de las personas con discapacidad. Destacan las Sentencias de 17 de octubre de 1995 (Asunto C450/93, Kalanke), 11 de noviembre de 1997 (Asunto C409/95, Marshall), 28 de marzo de 2000 (Asunto C158/97, Badeck), 30 de septiembre de 2004 (Asunto C319/03, Briheche) y 30 de septiembre de 2010 (Asunto C104/09, Roca Álvarez), entre otras. El TJUE entiende, con carácter general, que tratándose de una excepción al principio de igualdad de trato, las medidas de acción positiva requieren en todo caso una interpretación restrictiva en el marco del Derecho comunitario, si bien establece que las cuotas de reserva de empleo no son contrarias a éste, siempre que no supongan una preferencia absoluta e incondicional<sup>496</sup>. Lo cierto es que la jurisprudencia referida trata en todos los casos cuestiones relativas a la aplicación de medidas de acción positiva paliativas de la discriminación entre mujeres y hombres en relación con el empleo, el trabajo y la formación<sup>497</sup>, si bien parece perfectamente trasladable al ámbito de la discapacidad, de modo que esas medidas, y muy especialmente las de acción directa que establecen cuotas de reserva de empleo, encajarían sin estridencias en el Derecho comunitario. No obstante, esta posición no es pacífica en la doctrina, puesto que también se ha sostenido que, tratándose de cuotas que establecen preferencias absolutas e incondicionales a favor de las personas con discapacidad, podrían ser consideradas ilícitas por ser contrarias al Derecho europeo, en la interpretación que del mismo se deduce de la jurisprudencia del TJUE<sup>498</sup>. No obstante, hay que señalar que ese carácter incondicional de las cuotas de reserva admite múltiples matices, especialmente cuando el cumplimiento de las mismas es posible a través

---

<sup>496</sup> Deben concurrir, además, las tres condiciones básicas para que la medida de acción positiva cumpla el principio de proporcionalidad, a saber: debe responder a una necesidad real de una empresa o a un objetivo legítimo de política social; debe ser apropiada para conseguir el fin perseguido; y, en último lugar, debe ser necesaria para tal fin. Así se expresa, por ejemplo, en la STJUE de 13 de mayo de 1986 (Asunto C170/84, Bilka).

<sup>497</sup> MARTÍN VIDA, M.A.: *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2002, pág. 71 y sig.

<sup>498</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: «Reserva de puestos de trabajo, acción...», op. cit., pág. 731.

de vías directas, mediante la contratación de trabajadores con discapacidad, e indirectas mediante la aplicación de otras medidas, de carácter alternativo a la contratación, que no suponen una incorporación inmediata de trabajadores con discapacidad en la empresa obligada<sup>499</sup>.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, desde la entrada en vigor de la Directiva 2000/78/CE existe una norma expresa para las medidas de acción positiva en relación con el trabajo de las personas con discapacidad, que es el artículo 7.2, que puede ser considerada como un elemento diferenciador respecto del alcance de estas medidas para este colectivo y apartar definitivamente las dudas de legalidad de las cuotas de reserva de empleo en el ámbito de la discapacidad, puesto que al tener un tratamiento normativo específico no podrían verse afectadas directamente por la interpretación restrictiva llevada a cabo por el TJUE en relación con las medidas aplicadas en el ámbito del trabajo entre mujeres y hombres. En cierto modo, la general aceptación de las medidas de acción directa en el empleo de las personas con discapacidad muy probablemente ha provocado la introducción de una regulación expresa para las mismas que, si bien no hay que olvidar que tiene carácter facultativo para los Estados<sup>500</sup>, las diferencia de las aplicadas en otros supuestos y que permite salvar las limitaciones derivadas de las restricciones interpretativas de la jurisprudencia comunitaria<sup>501</sup>.

### **3.3 La acción positiva en Derecho Comparado**

Hay que comenzar señalando que, al igual que sucede en el Derecho comunitario y, en general, en las normas internacionales, en las normativas internas de los Estados es más común encontrar regulaciones de medidas de acción positiva

---

<sup>499</sup> Como tendremos ocasión de analizar más adelante, en el Derecho español existe esa doble vía desde que la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, por medio de su Disposición Adicional 39ª, introdujera en el artículo 38.1 de la LISMI la posibilidad de que las empresas obligadas al cumplimiento de la cuota de reserva de empleo de trabajadores con discapacidad puedan, excepcionalmente, aplicar medidas alternativas a la contratación de esos trabajadores.

<sup>500</sup> EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON DISABILITY DISCRIMINATION: «Baseline Study Disability Discrimination Law in the EU Member States», Noviembre de 2004, pág. 18. Se dice expresamente que "por supuesto, no puede ser utilizada la Directiva para exigir este tipo de medidas de acción positiva donde aún no existen".

<sup>501</sup> BAMFOTH, M., MALIK, M., O'CONNOR, C.: *Discrimination law: theory and materials: text and materials*, Londres, Sweet & Maxwell, Limited, 2008, pág. 410.



destinadas a corregir las desigualdades por razón de sexo que las derivadas de la discapacidad. Ello no obstante, y como también hemos podido ver en el ámbito comunitario, lo cierto es que el planteamiento de la mayoría de estas normativas es muy similar, y tiene que ver con el concepto de igualdad real, a partir de la garantía de cumplimiento de los principios de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades. Sin embargo, también en las normativas internas será apreciable la tensión derivada de ciertas rigideces interpretativas sobre el alcance de estas medidas, especialmente en relación con las directas, por cuando pudieran suponer de quiebra de ese principio de igualdad de trato.

Con la finalidad de disponer de información diversa sobre la regulación de la acción positiva, abordaremos el análisis concreto de algunas de las normativas internas de varios países de la Unión Europea y de Sudamérica. Finalmente, analizaremos la situación en Estados Unidos.

### **3.3.1 La acción positiva en Europa**

De entre los distintos países europeos, en el ámbito de la acción positiva es especialmente significativo el caso de Alemania, puesto que tres de las primeras cinco sentencias dictadas en esta materia por el TJUE –todas ellas en relación con supuestos de acciones relacionadas con el principio de igualdad entre mujeres y hombres- proceden de situaciones producidas en este país. En relación precisamente con la discriminación por razón de sexo, como tendremos ocasión de comprobar, el Tribunal Constitucional Federal ha venido admitiendo la presencia de medidas de acción positiva, llegando a entender que la Ley Fundamental de Bonn (LFB) de 23 de mayo de 1949 no solamente las permitía, sino que las exigía como mecanismo de trato jurídico corrector a favor del colectivo que sufre la discriminación.

El artículo 3.2 de la LFB establecía, en su redactado original, que “hombres y mujeres gozan de los mismos derechos”, para añadir en el apartado tercero de ese mismo artículo que “nadie puede ser discriminado o privilegiado por razón de su sexo”. Esta última fórmula provocó un intenso debate sobre la posibilidad de que la norma fundamental alemana acogiera favorablemente la posibilidad de

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

introducir medidas de acción positiva en la normativa común, puesto que una interpretación literal del artículo 3.3 de la LFB podía conducir a entender que había una prohibición genérica de cualquier trato diferenciado entre sexos, ya fuera para perjudicar o para favorecer a cualquiera de ellos. En 1994 se reformó el artículo 3 de la LFB, que actualmente establece en su apartado segundo, tras reiterar la igualdad de derechos entre mujeres y hombres, que “el Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes”. Sin duda alguna, el actual redactado despeja las dudas existentes sobre el encaje de las medidas de acción positiva en el constitucionalismo alemán, máxime si consideramos que también el apartado tercero fue reformado, eliminando las referencias a la prohibición de establecimiento de “privilegios” en la lucha por la igualdad entre sexos.

Pero la reforma especialmente relevante se producirá en el apartado tercero del artículo 3, que actualmente establece lo siguiente: “Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico”. De este modo, se produce una notable extensión del contenido específico del principio de no discriminación, apreciándose incluso en el redactado una peculiar singularidad en relación con la discapacidad, puesto que al aparecer esta situación separada del resto se ha eliminado la referencia al favorecimiento por esta causa, de modo que el acogimiento de las medidas de acción positiva en este ámbito parece, actualmente, incuestionable. Nótese, además, que en el caso de la discapacidad, y a diferencia de lo que ocurre con las restantes circunstancias, únicamente se prohíbe el perjuicio derivado de la misma, pero no el trato favorable, lo que amplía notablemente las posibilidades de la acción positiva en relación con la discapacidad.

En todo caso, y a pesar del mandato genérico del actual artículo 3.2, que supone la obligación del Estado alemán de promover la efectiva igualdad e impulsar la eliminación de las desventajas existentes entre mujeres y hombres, las reticencias

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

sobre la admisión de las medidas de acción positiva en el derecho alemán se ha mantenido, de modo que distintos autores han venido negando sostenidamente esta posibilidad en ese ámbito<sup>502</sup>, sin apreciar que exista una cláusula general de intervención para la eliminación de las desventajas en el artículo 3.2, y centrando reiteradamente su atención en la prohibición de favorecer a algún colectivo contenida en el apartado tercero. Otros autores, desde la reforma de este artículo, han acogido favorablemente la posibilidad de acción positiva con carácter general, derivada del mandato genérico del artículo 3.2 y del carácter social del Estado alemán invocado en el artículo 20.1 de la LFB<sup>503</sup>. No obstante, como ya se ha señalado, estas reticencias no parecen sostenibles en el ámbito de la discapacidad, puesto que este último precepto únicamente hace referencia a la prohibición de perjuicio por esta causa, y no a la de favorecimiento derivado de ella.

En relación con este debate jurídico sobre el encaje constitucional de las medidas de acción positiva, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha venido sustentando su jurisprudencia en el contenido del artículo 3.2 de la LFB y, consecuentemente, ha entendido que el mandato que se deriva del mismo supone la necesidad de que el Estado establezca medidas afirmativas que permitan eliminar las desventajas de los colectivos afectados por la desigualdad. No obstante, este posicionamiento jurisprudencial favorable a este tipo de medidas no supone que todas ellas sean aceptadas como constitucionales, de modo que el Alto tribunal alemán se ha mostrado especialmente beligerante con aquellas que han pretendido una acción directa a favor de determinados colectivos, y muy especialmente con las que han impuesto cuotas para algunos de ellos. Así, por ejemplo, se han planteado reticencias en las cuotas de reserva en el acceso a la función pública, derivadas del contenido del artículo 33.2 de la LFB, que establece que todos los alemanes tienen igual acceso a cualquier cargo

---

<sup>502</sup> SUERMAUM, J.: «Affirmative action. Positive Diskriminierung im amerikanischen und im deutschen Recht », *Der Staat*, núm. 3, 1989, pág. 438.

<sup>503</sup> BENDA, E.: *Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst : Rechtsgutachten erstattet im Auftrag der Senatskanzlei - Leitstelle Gleichstellung der Frau - der Freien und Hansestadt Hamburg*, Hamburgo, Gesis, 1986, págs. 118 y sig.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

público según su “idoneidad, su capacidad y su rendimiento profesional”, de manera que el establecimiento de mecanismos de acceso preferente que vulneraran estas exigencias constitucionales serían contrarias al mencionado precepto.

Otro caso significativo en el ámbito de la acción positiva es el de Austria, cuya Ley Constitucional Federal<sup>504</sup> incluye en su artículo 7.1 un principio general de no discriminación al establecer que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, prohibiendo expresamente la discriminación por razón de nacimiento, sexo, raza, clase o religión. En relación con la discapacidad, el mismo artículo 7.1 realiza, al igual que sucedía con la norma fundamental alemana, un tratamiento diferenciado, puesto que se separa de las restantes causas de discriminación, para establecer que “nadie será objeto de discriminación debido a su discapacidad”, comprometiéndose la República, en los distintos ámbitos territoriales federal, estatal y local, a garantizar la igualdad de trato de las personas con discapacidad y sin discapacidad en todos los ámbitos de la vida cotidiana. En el apartado segundo de ese mismo artículo 7, la Ley Constitucional Federal austríaca establece que los gobiernos federal, estatales y locales asumen un compromiso a favor de la igualdad real entre hombres y mujeres. Pero especialmente relevante es el contenido del último párrafo de este precepto, ya que allí se establece expresamente que se admiten las medidas que se adopten para promover la igualdad de hecho entre mujeres y hombres, en especial mediante la eliminación de las desigualdades fácticas existentes<sup>505</sup>.

También La Constitución belga de 7 de febrero de 1831, tras la última reforma operada el 21 de febrero de 2002, establece en su artículo 10 que los belgas son iguales ante la ley, y que “la igualdad entre mujeres y hombres está garantizada”.

---

<sup>504</sup> Modificada por última vez por la Ley Federal BGBl. I N° 98/2010.

<sup>505</sup> Aun cuando la referencia a la acción positiva pudiera parecer que únicamente se da en relación con la discriminación por razón de sexo, lo cierto es que la norma fundamental austríaca acoge favorablemente las medidas de acción positiva, puesto que el artículo 7.1 expresamente ordena a los distintos poderes públicos garantizar la igualdad de trato de este colectivo en todos los ámbitos sociales. Esta finalidad requiere acción positiva, y por otra parte nada justificaría que expresamente se acojan estas medidas en el artículo 7.2 en relación con la eliminación de las desventajas entre mujeres y hombres y no se hiciera respecto de las personas con discapacidad en relación con quienes no la presentan. No obstante, hubiera sido deseable una mayor precisión respecto de este colectivo. Idéntica reflexión merece el caso belga, que se verá a continuación.

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

El artículo 11, por su parte, prohíbe toda clase de discriminación, y el 11.bis, que fue añadido en la reforma constitucional de 2002, abunda en la garantía a las mujeres y a los hombres de un ejercicio igualitario de sus derechos y libertades, favoreciendo especialmente un acceso igual a los mandatos electivos y públicos. En este ámbito específico de la igualdad por razón de sexo, la norma constitucional austríaca acoge favorablemente las medidas de acción positiva, cuya constitucionalidad, en los estrictos términos de proporcionalidad, ha sido admitida incluso antes de la reforma de 2002.

Por su parte, en el artículo 3 de la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947, que establece el principio de igualdad, no aparece una referencia expresa a la discapacidad<sup>506</sup>, a salvo de la eventual inclusión en las denominadas “circunstancias personales”. Pero, en este caso, lo realmente relevante en materia de acción positiva es que se impone al Estado la obligación de suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país. Sobre esta base, el debate sobre las medidas de acción positiva se ha centrado en Italia fundamentalmente alrededor de las previsiones de las normas electorales en relación con las mujeres<sup>507</sup>, resultando la posición del Tribunal Constitucional notablemente limitadora de las introducción de medidas de acción positiva, por cuanto destruye la posibilidad concreta de dar

---

<sup>506</sup> La única referencia a las personas con discapacidad en la Constitución italiana se encuentra en su artículo 38, para reconocerles el derecho a la educación y a la formación profesional.

<sup>507</sup> La Sentencia 422/1995 del Tribunal Constitucional italiano, que surgió a partir de la STJUE C450/93 (Kalanke), declaró la ilegitimidad de las cuotas por razón de sexo en las listas electorales, determinando que pueden adoptarse este tipo de acciones para compensar y remover desigualdades materiales entre los individuos, como presupuesto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales, pero no pueden incidir directamente en el contenido propio de esos mismos derechos. Ello a pesar de que el propio Tribunal Constitucional italiano había admitido en distintas sentencias -86/1975, de 16 de abril, y 289/1987, de 28 de julio, entre otras- la constitucionalidad de medidas de acción positiva para preservar los derechos culturales de determinadas minorías lingüísticas. Incluso se había admitido esa posibilidad a nivel legislativo, al incorporar, por ejemplo, en el Estatuto del Trentino-Alto Adige –reformado en 2001- la garantía de representación del grupo lingüístico ladino en el seno del Consejo Provincial del Bolzano y en distintos órganos colegiados provinciales.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

a las mismas un contenido en términos de efectiva equiparación entre hombres y mujeres<sup>508</sup>.

Para finalizar, también cabe hacer una breve referencia a otros casos, como el de Finlandia, cuya Constitución de 11 de junio de 1999 establece en su artículo 6 una referencia expresa a la consecución de la igualdad real, que permite la incorporación de medidas de acción positiva, aun cuando no aparecen expresamente recogidas. Más explícita es el artículo 16 de la Constitución sueca de 1975 que, aun sin citar expresamente la discapacidad, establece el deber del Estado de adoptar medidas de protección contra comportamientos discriminatorios por razones raciales, de color u orígenes étnicos o por razones de género. También la Constitución griega de 1975, tras sucesivas reformas<sup>509</sup>, pone el foco de atención en esta materia en las discriminaciones por razón de sexo, pero sin mención alguna a la posibilidad de realizar acciones positivas para corregir la discriminación. En el caso del Reino Unido<sup>510</sup>, a pesar de que el derecho a no ser discriminado se ha planteado tradicionalmente en el plano individual, limitando extraordinariamente el recurso a la acción positiva, precisamente en el caso de la discapacidad hay un número considerable de medidas de este tipo, si bien siguen teniendo carácter excepcional, y la interpretación jurisdiccional en relación con las mismas es frecuentemente restrictiva<sup>511</sup>, lo que ha favorecido las de carácter promocional, menos incisivas y contundentes que las de acción directa. Por último, en Francia el Consejo Constitucional no encuentra trabas de constitucionalidad en la aplicación de medidas de acción positiva, puesto que admite que puedan producirse quiebras del principio de igualdad formal en aras de la consecución de la igualdad de trato de ciertos colectivos, entre los que se encuentran las personas con discapacidad. El límite que marca el órgano constitucional francés es, en todo caso, el interés general, y siempre que la diferencia de trato resultante de la aplicación de esas

---

<sup>508</sup> BALLESTRERO, M.V.: «Acciones positivas. Punto y aparte», Revista Doxa, núm. 19, 1996, págs. 91 a 109.

<sup>509</sup> La más importante de las cuales, en esta materia, se produjo en 2001.

<sup>510</sup> Con matices, similar a los de Irlanda y Portugal.

<sup>511</sup> BOURN, C., y WHITMORE, J.: *Anti-Discrimination Law in Britain*, Londres, Sweet & Maxwell, 1996, págs. 10 y sig.

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

medidas sea proporcionada y esté directamente relacionada con la finalidad perseguida por la ley que las establezca<sup>512</sup>.

### 3.3.2 La acción positiva en Hispanoamérica

Comenzando por Chile, la Constitución Política de la República de 1980<sup>513</sup> consagra en su artículo 19.9, como un derecho fundamental, el “libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”. El Tribunal Constitucional chileno ha considerado, respecto de la referencia constitucional a la “igualdad de oportunidades”, que los titulares e integrantes de los órganos del Estado deben procurar la finalidad suprema, esto es, el bien común<sup>514</sup>, considerando que la adopción de acciones positivas o de discriminación inversa, son legítimas para alcanzar niveles de equidad o para poner en situación justa a grupos sociales tradicionalmente discriminados negativamente. La normativa debe ser, por tanto, idónea para lograr el objetivo de eliminar la inequidad, sobre una situación fáctica objetivamente establecida, y siendo dicha normativa no permanente, sino temporal, de modo que sólo debe ser mantenida mientras permanezca la desigualdad<sup>515</sup>.

En el caso de Perú, el artículo 26 de su Constitución Política de 1993 invoca la “igualdad de oportunidades sin discriminación” como un principio específico que debe ser respetado en la relación laboral, resultando muy destacada la construcción jurisprudencial y doctrinal de las medidas de acción positiva en este país. El Tribunal Constitucional peruano ha establecido que, en virtud del principio de razonabilidad, se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso, y que es la

---

<sup>512</sup> En la Decisión 94-357 DC, el Consejo Constitucional declara expresamente que las medidas de acción positiva no suponen una vulneración del principio de igualdad. Se trataba, en este caso concreto, de acciones a favor de colectivos con especiales dificultades para la inserción profesional, respecto de las cuales el Consejo Constitucional francés se pronuncia favorablemente, aunque no especifica si la justificación de tales medidas está en el interés general o en la existencia de una situación de hecho que requiere una diferenciación de trato para que se consiga la igualdad real y efectiva.

<sup>513</sup> Actualmente, Texto refundido, coordinado y sistematizado de 17 de septiembre de 2005.

<sup>514</sup> Sentencia de fecha 13 de septiembre de 1983, Rol N° 19.

<sup>515</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.A.: *El principio de igualdad constitucional ante la ley*, Santiago, ConoSur Ltda., 2001, págs. 72 a 73.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

protección de fines constitucionalmente relevantes lo que justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que se persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional<sup>516</sup>. El mismo Tribunal Constitucional peruano ha precisado que la intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades, que conceptualmente representa en tres niveles: intensidad grave, cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos constitucionalmente e impide el ejercicio o goce de un derecho constitucional; intensidad media, cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos constitucionalmente e impide el ejercicio o goce de un derecho que no tiene rango constitucional; e intensidad leve cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos en la Constitución y no afecta al goce o ejercicio de derechos constitucionales. De manera concluyente, se dice que es deber del Estado instaurar las condiciones para despejar los obstáculos que generen tal desigualdad de oportunidades<sup>517</sup>.

Por lo que hace referencia a Colombia, su Constitución Política de 1991 contiene en su artículo 13 una clara alusión a las medidas de acción positiva, al señalar que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados<sup>518</sup>. La Corte Constitucional de Colombia ha analizado repetida e intensamente el alcance de

---

<sup>516</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, Exp. N° 045-2004-PI/TC, Considerando 23, y Sentencia Exp. N° 2235-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 6°. En esta última, el Tribunal estableció en relación con el principio de proporcionalidad, que “stricto sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental”.

<sup>517</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0016-2002-AI, fundamento jurídico número 12.

<sup>518</sup> En el caso colombiano sí aparece una mención expresa a la discapacidad en este ámbito de la igualdad, puesto que el último párrafo del artículo 13 de la Constitución establece que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. Parece un reforzamiento del reconocimiento de la acción positiva en el caso de las personas con discapacidad. En el artículo 54 de la propia Constitución se establece que el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a las personas con discapacidad “el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”.



## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

estas previsiones constitucionales, desde las relativas a la afirmación del principio de igualdad como prohibición de discriminación<sup>519</sup>, hasta aquellas que hacen mención expresa de la acción positiva como mecanismo corrector de las desigualdades de oportunidades entre unos individuos y otros. En estos últimos supuestos, la Corte Constitucional ha venido aplicando el principio de proporcionalidad como elemento básico a la hora de determinar si las medidas de acción positiva tienen o no cabida en la Carta Magna colombiana<sup>520</sup>, asumiendo la matización de la intensidad del control de constitucionalidad de estas medidas de acción positiva en base al principio de proporcionalidad, que “se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los escrutinios o test de igualdad: estrictos, intermedios o débiles”<sup>521</sup>. El escrutinio estricto se aplica cuando un trato diferenciado se funda en criterios sospechosos como la raza, la condición social, la orientación sexual, la edad o la discapacidad, de modo que en estos casos la constitucionalidad de la medida que establece un trato diferenciado exige que la misma persiga un fin constitucional o socialmente imperioso y que sea indispensable para alcanzarlo, siendo la única o aquella más idónea para el logro del fin<sup>522</sup>.

### 3.3.3 La acción positiva en Estados Unidos

Para finalizar este recorrido por la normativa interna de distintos países en relación con la configuración de las medidas de acción positiva, y sin que el orden elegido tenga relación con la relevancia de cada una de ellas en la introducción y el desarrollo normativo de las mismas, haremos referencia a la normativa estadounidense. De hecho, si el orden hubiera sido éste, muy probablemente el país norteamericano hubiera ocupado el primer lugar de la lista.

Sirva como primer argumento para destacar el importante papel que la normativa estadounidense ha jugado en el ámbito de la acción positiva el hecho de que la expresión *affirmative action* aparece por primer lugar en este país en el año 1935,

---

<sup>519</sup> VENEGAS CASTELLANOS, A: *Teoría y Práctica de la acción de tutela*, Bogotá, Editores AVC, 1996, pág. 181.

<sup>520</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-022 de 1996.

<sup>521</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-093 de 2001.

<sup>522</sup> BERNAL PULIDO, C.: *El derecho de los derechos*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2005, págs. 267 a 268.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

y precisamente en una norma laboral, la denominada Ley Wagner, 29 USC, cuya sección 160(c) hace referencia a la ley de convenios colectivos y las relaciones de trabajo en el transporte. La aparición en esta ley de la expresión “acción afirmativa” representa en realidad la obligación que tienen las empresas de adoptar medidas positivas con el fin de paliar los efectos de ciertas prácticas laborales anteriores que resultaban contrarias a los sindicatos, evitando así que pudieran mantenerse en el futuro<sup>523</sup>.

Estas primeras incursiones de las medidas de acción positiva pondrán de relevancia una disposición activa del Estado a intervenir en el ámbito de la relación laboral para prevenir, corregir y, cuando sea posible, eliminar las discriminaciones. Una de las primeras normas que contiene medidas concretas de acción positiva en esta materia es la Orden Ejecutiva de 26 de marzo de 1961, aprobada durante la presidencia de John F. Kennedy, que introduce mecanismos de integración de minorías sociales consistentes en la penalización a aquellas empresas que, habiendo contratado con el Gobierno Federal, no cumplan con los requisitos de integración de esas minorías previstos en la Orden; las sanciones previstas podían llegar, incluso, a la extinción de los contratos con la Administración norteamericana. A esta Orden seguirán otras con planteamientos similares, como la relevante Orden Ejecutiva de 24 de septiembre de 1965 (Orden Ejecutiva 11246)<sup>524</sup>, destinada a garantizar la igualdad de oportunidades laborales, y en cuya Sección 503 se dice que toda persona o empresa que recibe un contrato superior a 50.000 dólares con el Gobierno de los EE.UU. por los servicios o suministros, incluyendo los trabajos de construcción o el uso de bienes del Estado para hacer negocios, está obligada a cumplir con la llamada “Cláusula de la Igualdad de Oportunidades”, que figurará en todos los contratos y que prohíbe a la empresa llevar a cabo cualquier proceso de contratación que resulte discriminatorio por motivo de raza, color, religión u origen; esta obligación se plasma en la necesidad de establecer planes de integración en esas empresas. Esta Orden 11246 será enmendada posteriormente para incluir la discriminación

---

<sup>523</sup> BACCHI, C.L.: *The Politics of Affirmative Action. Women, Equality and Category Politics*, Londres, Sage Publications, 1996, pág. 32.

<sup>524</sup> Dictada durante la presidencia de Lyndon B. Johnson.

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

sexual, extendiéndose a partir de los años 70 la exigencia de acción positiva también al ámbito universitario vinculado a subvenciones públicas<sup>525</sup>, exigiendo reserva de plazas para estudiantes pertenecientes a colectivos minoritarios o socialmente excluidos a las que se accede con una menor puntuación en los exámenes de ingreso<sup>526</sup>.

Más allá del vasto campo de las Órdenes Ejecutivas, muy vinculadas con la acción de los Presidentes al igual que sucede con los denominados *Presidential signing statements*<sup>527</sup>, el fundamento legal de la *affirmative action* está en el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, si bien no aparece en este texto legal un concepto de la acción positiva como tal ni la delimitación de su ámbito de aplicación, lo que ha provocado una ingente jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense para determinar en qué supuestos estas medidas son legítimas y en cuáles vulneran principios constitucionales<sup>528</sup>. No obstante, y fuera de este ámbito legal, la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles definió, en 1977, la acción positiva como “cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro”<sup>529</sup>. Se puede apreciar que se trata de un concepto, muy vinculado en su origen al poder político, del que se desprenden las siguientes características básicas: por una parte, comprende tanto el sector público como el

---

<sup>525</sup> Se extenderá paulatinamente un sistema de *goals and timetables*, con el que se pretende que las medidas de acción positiva consigan que la composición de las plantillas de las empresas sea un reflejo lo más fiel posible de la de la población de los lugares en que se ubican.

<sup>526</sup> Estas acciones han resultado especialmente polémicas en la doctrina estadounidense, hasta el punto de que se ha acuñado la expresión *reverse discrimination* para hacer referencia a supuestos en los que la *affirmative action*, lejos de corregir las desigualdades preexistentes, ha provocado otras injustificadas y apartadas de los principios constitucionales. En este sentido, entre otros, COOPER, P. J.: *By Order of the President ...*, op. cit., introducción.

<sup>527</sup> COOPER, P. J.: *By Order of the President: The Use and Abuse of Executive Direct Action*, Kansas State University, Kansas University Press, 2002, pág. 201.

<sup>528</sup> Sirva como ejemplo, de entre los muchos posibles, la Bakke Decision de la Corte Suprema de los Estados Unidos (1978), que declaró inconstitucional el uso de cuotas fijas para los solicitantes de las minorías en las escuelas profesionales. Se trataba de un programa de acción positiva de una escuela de medicina según el cual se requería un cierto número de admisiones de personas pertenecientes a colectivos minoritarios; de resultados de esta acción, se negó la entrada a un candidato blanco (Allan Bakke) que reunía los requisitos para ser admitido. Aunque en este caso el tribunal prohibió los programas de cuotas por considerar que violaban la cláusula de igual protección de la Constitución de los Estados Unidos, permitió a las universidades utilizar la raza como factor a considerar en la toma de decisiones en los procesos de admisión de alumnos.

<sup>529</sup> MARTÍN VIDA, M.A.: *Fundamentos y límites constitucionales...*, op. cit., pág. 35.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

privado; por otra, se concreta en técnicas de incentivación indirecta o promocional, aunque exige la consecución de los objetivos propuestos; además, la igualdad se percibe en términos de integración, ya sea laboral o en otros ámbitos sociales; finalmente, se trata de un concepto íntimamente ligado a la igualdad de oportunidades<sup>530</sup>.

En definitiva, podemos apreciar cómo el origen de la acción positiva en Estados Unidos está señaladamente vinculado a la discriminación racial, y que su marcado acento integrador ha provocado en muchas ocasiones planteamientos esencialmente competitivos, provocando situaciones no siempre acompasadas con la finalidad de la igualdad de oportunidades. De hecho, los mismos argumentos que se han utilizado en ocasiones para bendecir los efectos de la acción positiva han sido usados, en otras, para proscribirla. La acción de la Corte Suprema norteamericana se ha centrado, en definitiva, en determinar el alcance de la *affirmative action* a la vista del principio de proporcionalidad en la aplicación de la *equal protection*, que se encuentra en la decimocuarta enmienda.

En este sentido, la jurisprudencia estadounidense introdujo en un primer momento<sup>531</sup> el denominado “escrutinio estricto”, una vez constatado que el test básico de racionalidad aplicado a las medidas de acción positiva no era, a juicio de la Corte Suprema, adecuado para el escrutinio de los tratos diferenciados que afectaban a grupos que habían sido tradicionalmente discriminados y que merecían por ello recibir una protección especial por parte del Estado. Este escrutinio estricto, que hemos visto trasladado a países del cono sur americano, se aplica cuando se aprecia un trato diferenciado basado en criterios que frecuentemente constituyen discriminación, tales como la raza, la condición social, la discapacidad, la orientación sexual o la edad. Posteriormente, en la década de los 70 la Corte Suprema introdujo el denominado “escrutinio intermedio”, que se utiliza en los casos en que se aplican medidas de acción positiva para corregir diferencias fundadas en criterios potencialmente discriminatorios, con la finalidad

---

<sup>530</sup> BARRERE UNZUETA, M.A.: «La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión», Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, Nº. 9, 2003, págs. 4 a 5.

<sup>531</sup> Década de los 60, coincidiendo con las primeras Órdenes Ejecutivas destacadas en esta materia.

de intentar conseguir una verdadera igualdad de oportunidades para esos grupos tradicionalmente discriminados.

### **3.4 La acción positiva en el Derecho español.**

#### **3.4.1 Encaje constitucional de las medidas de acción positiva**

Una vez realizado el análisis del marco normativo internacional y las legislaciones internas de distintos países en relación con el derecho de la igualdad, centrado en la igualdad de oportunidades y en las medidas de acción positiva como mecanismos de lucha contra las distintas formas de discriminación, llega el momento de analizar la cuestión en el Derecho español.

El fundamento de la acción afirmativa en nuestro derecho se halla en el artículo 9.2 de la CE que, recordemos, establece el denominado principio de igualdad sustancial e impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Por lo que hace referencia al alcance de esta previsión constitucional en relación con las medidas de acción positiva, hay que señalar que el Tribunal Constitucional ha venido entendiendo que éstas tienen perfecto encaje en el concepto constitucional de igualdad. Incluso se ha llegado a afirmar que el artículo 9.2 no solamente permite este tipo de acciones, sino que las exige para eliminar las discriminaciones, especialmente si se vincula este precepto con el 1.1 de la propia CE, que dota al Estado de una dimensión eminentemente social<sup>532</sup>. Nuevamente es la discriminación por razón de sexo la que protagonizará, cuando no monopolizará, la acción judicial en relación con esta cuestión, puesto que ya en la STC 128/1987, de 16 de julio<sup>533</sup> se cuestiona la constitucionalidad de una medida

---

<sup>532</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: *Igualdad y discriminación*, op. cit., pág. 78.

<sup>533</sup> Primera sentencia del TC en materia de acción positiva, en relación con el denominado “caso de las guarderías infantiles”.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

consistente en que, por un acuerdo del Instituto Nacional de Previsión<sup>534</sup> de 26 de noviembre de 1974, aplicado por el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), se reconocía a las mujeres trabajadoras que tuviesen hijos menores de seis años un complemento retributivo de 4000 pesetas<sup>535</sup> mensuales en concepto de guardería. Este complemento no era reconocido a los varones, salvo si tenían la condición de viudos. En el caso tratado por la STC mencionada, un trabajador impugnó en amparo esta diferencia de trato, entendiendo que vulneraba el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la CE. Fue ésta la primera ocasión en que el TC aceptó la constitucionalidad de una medida de acción positiva, sentando las bases para futuros casos<sup>536</sup> al legitimar las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras que están sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él y “que no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes”<sup>537</sup>.

Pero el TC, a la vez que promueve un decidido impulso de las medidas de acción positiva con pleno encaje en el concepto constitucional de igualdad, marca una clara diferencia entre éstas y las denominadas acciones protectoras o “falsamente protectoras”<sup>538</sup>, que en realidad no parten de un principio de igualdad real, sino de una cierta consideración de inferioridad del colectivo al que se dirigen. En este punto es peculiarmente relevante la STC 28/1992, de 9 de marzo<sup>539</sup>, entre otras<sup>540</sup>, que se pronunció sobre un complemento económico, consistente en un plus de transporte nocturno, que únicamente percibían las mujeres. En esta

---

<sup>534</sup> Precedente histórico del actual Instituto Nacional de la Seguridad Social. Este último fue creado por Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre.

<sup>535</sup> Aproximadamente 24 euros.

<sup>536</sup> Sirvan como ejemplos, entre otras, las SSTC 19/1989, de 31 de enero, 28/1992, de 9 de marzo, 109/1993, de 25 de marzo y 187/1993, de 14 de junio.

<sup>537</sup> STC 128/1987, Fundamento Jurídico 8.

<sup>538</sup> GÓMEZ ORFANEL, G.: «Acción positiva y empleo de la mujer», Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Vol. 9, 2008, pág. 387.

<sup>539</sup> Trató el denominado “caso Telefónica”.

<sup>540</sup> Sirvan como ejemplos las SSTC C 207/1987, de 22 de diciembre, 68/1991, de 8 de abril y 317/1994, de 28 de noviembre. En esta última, se declaró contraria a la CE una disposición que reconocía a las mujeres trabajadoras el derecho a una indemnización por ruptura del contrato de trabajo por contraer matrimonio. El TC señala que esta norma, perteneciente a la etapa preconstitucional, no estaba basada en el principio constitucional de igualdad, sino que respondía a la orientación de liberar a la mujer casada del trabajo y facilitar su vuelta al hogar, en una atribución desigual de roles entre mujeres y hombres que resulta claramente discriminatoria.

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

ocasión, el TC sentó las bases para distinguir entre medidas de acción positiva o similares, cuya finalidad es compensar una desigualdad de partida y que tratan de lograr una igualdad efectiva, y “las medidas protectoras que responden a una concepción no igual de la mujer como trabajadora”. Estas últimas son contrarias al principio constitucional de igualdad, ya que suponen discriminaciones injustificadas. En definitiva, se trata de medidas supuestamente protectoras de la mujer, pero que en realidad se basan en una asignación diferenciada de roles sociales que dificultan la incorporación o permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo, y por tanto no pueden ser consideradas acción positiva, debiendo ser eliminadas por discriminatorias<sup>541</sup>.

Como hemos podido comprobar, la discriminación de la mujer ha generado una abundante y prolija jurisprudencia constitucional, y ha abierto el camino de la acción positiva como mecanismo corrector de esa discriminación. Pero también la discapacidad ha generado, aunque más tardíamente, pronunciamientos judiciales sobre el alcance de la acción positiva en este colectivo. La STC 269/1994, de 3 de octubre, trató por primera vez esta cuestión al resolver un recurso de amparo contra la reserva de plazas para personas con discapacidad, que fue presentado por una mujer que no había podido obtener plaza de funcionaria en una Administración pública autonómica y que se consideraba perjudicada por tal reserva y, consecuentemente a su juicio, injustamente discriminada. En esta ocasión, el TC no solamente tuvo que afrontar el encaje de las medidas de acción positiva en la CE, algo que ya había hecho anteriormente como hemos visto en relación con la discriminación de la mujer, sino que fue necesario construir un marco delimitador de una medida de discriminación inversa o, en términos más precisos, de una acción positiva directa<sup>542</sup>. Pues bien, el TC resuelve la cuestión

---

<sup>541</sup> CASTRO ARGÜELLLES, M.A. y ÁLVAREZ ALONSO, D.: *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/ 2007, de 22 de marzo*, Pamplona, Aranzadi (Thomson-Civitas), 2007, págs. 97 y sig.

<sup>542</sup> Podemos convenir que la principal diferencia entre las cuotas de reserva, como medidas de acción positiva directa, y las denominadas medidas promocionales o de incentivación indirecta, consiste en que mientras que estas últimas favorecen a determinadas personas sin menoscabo directo de otras –puesto que el reconocimiento de un derecho a las primeras no se realiza a costa de una pérdida de derechos de las demás- en las cuotas de reserva la acción positiva supone la obtención de un puesto de trabajo por parte de una persona con discapacidad a costa de la pérdida del mismo por parte de otra persona que no presenta tal característica y, por tanto, se ve

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

desestimando el recurso de la aspirante que no tenía reconocimiento de discapacidad, ya que las medidas destinadas a promocionar la inserción profesional de personas con dificultades de acceso al empleo no son consideradas contrarias al principio constitucional de igualdad, sino que hacen que ésta sea posible y efectiva mediante el mecanismo de la reserva de plazas.

En relación con estas medidas de acción directa, y a pesar de que volvemos al ámbito de la discriminación por razón de sexo, resulta especialmente significativa la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, puesto que introduce un nuevo artículo 44.bis en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para exigir un reparto equilibrado entre hombres y mujeres en las listas electorales, de modo que en ningún caso uno de los colectivos se halle por debajo del cuarenta por ciento. El TC también se ha pronunciado sobre esta medida de acción directa en SSTC 12/2008, de 29 de enero y 13/2009, de 19 de enero, salvando en ambas la constitucionalidad de la misma, basándose una vez más en que el artículo 9.2 de la CE pretende que no sólo se alcance la igualdad formal, sino también la sustantiva. En consecuencia, el TC entiende que el legislador debe actualizar y materializar la efectividad que se proyecta, entre otras realidades, en el ámbito de la representación, haciendo de la igualdad no sólo un instrumento para facilitar la participación efectiva de todos en la dirección de los asuntos públicos, sino teniendo en mente la misma como un elemento definidor de la noción de ciudadanía<sup>543</sup>. Siendo los partidos políticos un cauce válido para lograr esa igualdad sustantiva, el TC entiende que la composición equilibrada de las listas hace que sea real la efectividad en el disfrute de los derechos que exige el art. 9.2 de la CE, y ello porque estamos ante una acción que afecta a los dos sexos de la

---

apartada del acceso al empleo por esa vía restringida. Dicho de otro modo, en las medidas promocionales –a priori- la incentivación no se compensa con una pérdida equivalente de los colectivos no protegidos, mientras que en las medidas directas hay lo que podríamos denominar –por influjo de la teoría de la negociación- un juego de base cero, en el que la atribución de un derecho a unas personas supone una proporcional limitación en el de otras. No obstante, esa línea delimitadora entre uno y otro grupo de medidas de acción positiva admite matices, puesto que, en definitiva, toda incentivación de la contratación o incorporación de personas pertenecientes a un determinado colectivo acaba incidiendo negativamente en las que no pertenecen al mismo, puesto que el mercado de trabajo es limitado, especialmente en situaciones de crisis económica.

<sup>543</sup> STC 12/2008, Fundamento Jurídico 4.



## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

misma forma, porque la libertad de elaboración de candidaturas no es absoluta, y porque el fin que se intenta conseguir es legítimo, y el instrumento empleado para tal cometido razonable, y no vulnerador de ningún derecho fundamental<sup>544</sup>. Por otra parte, estas medidas sólo se justifican en la realidad de las circunstancias sociales del momento en que se adoptan, de manera que su misma eficacia habrá de redundar en la progresiva desaparición del fundamento constitucional del que ahora disfrutan, de modo que solamente resultarán constitucionalmente aceptables en tanto que coyunturales, ya que responden a la apreciación por el legislador de una situación determinada<sup>545</sup>.

En definitiva, la línea interpretativa del TC es claramente favorable a introducir medidas de acción positiva, tanto directas como indirectas, para favorecer una efectiva aplicación del principio constitucional de igualdad. Por otra parte, y siguiendo en este sentido los postulados de la jurisprudencia europea y la de la mayoría de los países que hemos analizado en el apartado anterior, el TC entiende que debe existir una constatación efectiva de la presencia de una situación de discriminación social en perjuicio del grupo al que se pretende favorecer, y que las medidas de acción positiva, siendo proporcionadas, deberán tener un carácter temporal<sup>546</sup>. Teniendo en cuenta que la acción positiva puede entrar en conflicto, y de hecho lo hace en muchas ocasiones, con otros derechos fundamentales o bienes constitucionales, el TC establece que tales medidas deben superar un escrutinio acerca de su razonabilidad y proporcionalidad, de modo que, para aceptar su constitucionalidad, deben ser idóneas, necesarias y generadoras de un beneficio mayor que los sacrificios que el trato de favor pueda haber producido<sup>547</sup>. Hay que señalar, en relación con la jurisprudencia constitucional citada, que la doctrina se muestra dividida a la hora de valorar la misma, puesto que mientras que hay autores que se muestran de acuerdo con las

---

<sup>544</sup> STC 12/2008, Fundamento Jurídico 5. Se realiza en este caso el denominado “escrutinio de proporcionalidad”.

<sup>545</sup> STC 13/2009, Fundamento Jurídico 11.

<sup>546</sup> STC 128/1987.

<sup>547</sup> SSTC 229/1992 y 269/1994.

soluciones adoptadas por el legislador y confirmadas por el TC<sup>548</sup>, otros se han mostrado más críticos<sup>549</sup>.

Sea como fuere, lo cierto es que la acción positiva en el ámbito de la discapacidad no comporta *per se* discriminaciones sobre los ciudadanos que no la presentan, convirtiéndose en una herramienta jurídica indispensable para hacer efectivos los objetivos que marca el artículo 49 de la CE<sup>550</sup>. En el concreto ámbito del empleo, lo cierto es que se hace imprescindible, precisamente para luchar contra la discriminación de las personas con discapacidad, la incorporación de medidas que favorezcan su contratación y el mantenimiento de sus empleos, resultando muy conveniente el apoyo explícito a la legitimidad de estas medidas que nuestro Tribunal Constitucional ha ofrecido<sup>551</sup>. Como veremos en el siguiente apartado, así se ha venido haciendo en nuestra normativa laboral, en la que la acción positiva encaja como mecanismo corrector de las discriminaciones y elemento favorecedor del principio constitucional de igualdad de oportunidades. Cabe señalar, para finalizar este apartado introductorio, que un adecuado enfoque del análisis de estas medidas requiere asumir la proscripción de la discriminación como un objetivo público irrenunciable, con independencia de las repercusiones que pueda tener en la productividad empresarial, puesto que la rentabilidad no puede ser un parámetro al que se deba supeditar el derecho a no sufrir discriminación en el empleo<sup>552</sup>.

### **3.4.2 Marco legal de la acción positiva en España**

La normativa laboral española no se ha caracterizado, como ya hemos tenido ocasión de comprobar en anteriores apartados de esta obra, por una especial dedicación a las peculiaridades que en el ámbito del empleo, y en el del trabajo,

---

<sup>548</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, A.: «Representación política y democracia paritaria (A propósito de la sentencia del TC 12/2008, de 29 de enero)», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 12, 2008, págs. 211 y sig.

<sup>549</sup> ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I, y LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: «Iguales, pero separados. Las cuotas electorales ante el Tribunal Constitucional (STC 12/2008), de 29 de enero», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 7, 2008, págs. 13 a 40.

<sup>550</sup> ESTEBAN LEGARRETA, RICARDO: *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., pág. 107.

<sup>551</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Derecho al Trabajo de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 15.

<sup>552</sup> RUIZ CASTILLO, M.: *Igualdad y no discriminación. La proyección...*, op. cit., págs. 112 a 113.

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

tienen las personas con discapacidad. No obstante, a lo largo de todo el texto del vigente TRLET aparecen numerosas referencias a la discapacidad<sup>553</sup>, desde luego en un número notablemente superior al de las contenidas en el primer Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980<sup>554</sup>.

En todo caso, el precepto básico de nuestra normativa laboral en relación con la acción positiva es, sin duda, el artículo 17 del TRLET, que lleva el título de “no discriminación en las relaciones laborales”. En su redacción original de 1980, el apartado 1 de este artículo declaraba nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contuvieran discriminaciones desfavorables por razón de edad o discriminaciones favorables o adversas por distintas razones<sup>555</sup>, entre las que no aparecía explícitamente la discapacidad<sup>556</sup>. Este primer apartado, que puede considerarse la traslación legal del principio constitucional de igualdad formal contenido en el artículo 14 CE<sup>557</sup>, actualmente<sup>558</sup> contiene idéntica declaración de nulidad, pero referida a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen,

---

<sup>553</sup> Artículos 4.2, 11.1, 11.2, 16.2, 17.1, 37.5, 40.3.ter, 40.5, 45.1.d), 46.3, 48.4, 51.5 y 54.2 y Disposición Adicional 2ª.

<sup>554</sup> Se reconocía como un derecho laboral de los trabajadores, en el artículo 4, el de no ser discriminados “por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallaren en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”, y se preveían medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo, en el artículo 17, para los trabajadores con “capacidad laboral disminuida”. Al margen de estas dos previsiones, únicamente se hacía referencia a las personas con discapacidad en relación con la dirección y control de la actividad laboral (art. 20) y los permisos laborales (art. 37).

<sup>555</sup> Sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.

<sup>556</sup> GIMÉNEZ GLUCK, D.: «La ausencia de límites constitucionales de las acciones positivas a favor de las personas con discapacidad», en CAMPOY CERVERA, I. (Coordinador): *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2004, pág. 121. El autor señala que hay que tener en cuenta que, al contrario de lo que ocurre con la raza o el sexo, la discapacidad no es un signo bidireccional de diferenciación y, consecuentemente, no cabe prever ni constitucional ni legalmente que la discriminación pueda operar en varios sentidos.

<sup>557</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo», en BORRAJO DACRUZ, E. (Director): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, 1983, Tomo IV, pág. 458.

<sup>558</sup> Redactado por el apartado uno de la Disposición Adicional undécima de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 18 septiembre).

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa, y lengua dentro del Estado español. Por tanto, aparece de modo explícito la discriminación directa o indirecta “desfavorable” por razón de discapacidad, lo que de hecho constituye una puerta abierta a las medidas favorables de corrección que permitan una efectiva aplicación del principio de igualdad de oportunidades, es decir, a la acción positiva<sup>559</sup>.

El apartado 2 del artículo 17 del TRLET contiene una contundente reserva de ley para el establecimiento de exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente, que afecta a las medidas de acción positiva, y particularmente a las cuotas de reserva<sup>560</sup>. En el redactado original de 1980 se decía “sólo podrán establecerse por ley”, mientras que actualmente ha desaparecido el adverbio, lo que no altera esencialmente la reserva. La limitación de la autonomía colectiva en esta materia pudiera apoyarse en el respeto a los derechos constitucionales afectados –trabajo e igualdad de trato-, pero también en el mantenimiento de un tratamiento global uniforme, que resultara más conveniente que las diferencias que pudieran derivarse de tratamientos específicos a través de la negociación colectiva<sup>561</sup>. En definitiva, de la reserva de ley del artículo 17.2 se podría deducir que el convenio colectivo no podrá establecer exclusiones para el acceso al empleo, ni directa ni indirectamente<sup>562</sup>, de modo que el contrato de trabajo no se verá viciado de nulidad aun cuando no se ajuste al establecimiento de una exclusión convencional que no tenga apoyo en una norma con rango de ley<sup>563</sup>.

No obstante, la cuestión del alcance de esta reserva de ley no es pacífica en la doctrina, puesto que hay autores que sostienen que la finalidad del artículo 17.2

---

<sup>559</sup> La norma no prohíbe la “discriminación favorable” en el ámbito de la discapacidad.

<sup>560</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., pág. 98.

<sup>561</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo», op. cit., pág. 465.

<sup>562</sup> HURTADO GONZÁLEZ, L.: «El Requisito Normativo de un Título o Capacitación Oficial para Ser Contratado Libremente», *Relaciones Laborales*, Núm. 6, 2004, págs. 15 a 38.

<sup>563</sup> STS de de 21 de junio de 1994 (RJ 1994/6315).

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

no es inhabilitar a la negociación colectiva para establecer exclusiones, reservas o preferencias en la contratación, sino delimitar los ámbitos legal y reglamentario en esta materia<sup>564</sup>. Otros autores entienden que hay cuestiones puntuales que suscitan dudas en cuanto a la reserva absoluta de ley, tales como las cláusulas convencionales que establecen la obligación de recolocación de trabajadores con discapacidad sobrevenida o la fijación de un porcentaje de reserva de empleo superior al establecido en el artículo 42.1 del TRLGD. En supuestos como éstos se ha admitido el establecimiento de estas cláusulas convencionales de reserva o preferencia siempre que resulten proporcionales al fin perseguido y tengan suficiente justificación<sup>565</sup>. Lo cierto es que estas tesis favorables a la intervención convencional en esta materia se han visto refrendadas por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuyo artículo 42, que lleva por título “fomento de la igualdad en la negociación colectiva”, establece que los convenios colectivos pueden incluir medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Finalmente, la LOI ha fortalecido esta posibilidad al introducir un apartado cuarto en el artículo 17 del TRLET de acuerdo con el cual la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones<sup>566</sup>.

En el apartado 3 del artículo 17 del TRLET se faculta al Gobierno para “regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto

---

<sup>564</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: «Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa...», op. cit., págs. 749 a 750.

<sup>565</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., págs. 99 a 100.

<sup>566</sup> En el mismo precepto se dice también que la negociación colectiva “podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate”. Este tipo de medidas se podrá extender a las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo<sup>567</sup>, y también para “otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo”<sup>568</sup>, previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, y orientadas prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido. Las personas con discapacidad han venido siendo destinatarias habituales de este tipo de medidas, y bien se podría decir que este colectivo ha recibido medidas incentivadoras de la contratación laboral abundantes y contundentes, de modo que prácticamente todas las posibilidades de acción directa e indirecta han sido probadas para fomentar la contratación laboral de trabajadores con discapacidad. Inicialmente, la política de fomento del empleo se centró en la promoción de la contratación indefinida<sup>569</sup>, con la creación en la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, del llamado “contrato para el fomento de la contratación indefinida”, en cuyo ámbito subjetivo se incluían, entre otros colectivos, el de las personas con discapacidad. En el caso de este colectivo, estas medidas promocionales han llegado incluso a suponer incentivos económicos para los empresarios que las contraten de manera temporal<sup>570</sup>.

Por otra parte, y una vez analizado el contenido del artículo 17 del TRLET como norma básica en materia de acción positiva en el Derecho laboral español, hay que señalar que la trasposición de normativa comunitaria ha supuesto un notable impulso en esta materia. Concretamente, la Ley 62/2003, ya citada, incluye en su Título II un capítulo –el tercero- dedicado íntegramente a las medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato, al que define como “la ausencia de

---

<sup>567</sup> En el redactado original de este apartado, de 1980, se hacía referencia expresa a “trabajadores de edad avanzada, con capacidad laboral disminuida, desempleados y de quienes accedan al primer empleo”.

<sup>568</sup> En el redactado original de 1980 se limitaba la duración de la contratación temporal, cuando era utilizada como mecanismo de fomento del empleo, a un máximo de tres años.

<sup>569</sup> MONTÓYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J., SEMPERE NAVARRO, A. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona, Aranzadi, 2001, pág. 131.

<sup>570</sup> Artículo 2.4 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE del 30).

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona”. La sección tercera de este tercer capítulo está dedicada a la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, y contiene un artículo, el 35, específicamente destinado a las medidas de acción positiva, en el que se dice que para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten “medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten” relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de la propia norma. También esta Ley 62/2003 supuso la incorporación a nuestra normativa de todos los motivos de discriminación establecidos en la Directiva 2000/78/CE, modificando para ello el contenido de los artículo 4.2.c) y e), 16.2, 17.1 y 54.2.g) del TRLET, además de introducir un nuevo redactado en el entonces vigente artículo 37 de la LISMI e incorporar en esta misma ley un nuevo artículo, el 37.bis<sup>571</sup>, de gran importancia en el ámbito de la acción positiva y muy relacionado con la cuestión de los ajustes razonables, que abordaremos en el último apartado de este capítulo. En ese artículo 37.bis de la LISMI, por otra parte, aparecían de manera diáfana, como ahora sucede en el artículo 40 del TRLGD, las medidas de acción positiva en el ámbito de la discapacidad, ya que en su apartado primero se dice que “el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad”. A pesar de la inconcreción de tales medidas, lo cierto es que supone un amplio reconocimiento de la acción positiva.

Dentro de este recorrido por las normas españolas relacionadas con la acción positiva en el ámbito de la discapacidad, es obligada la referencia a la LIONDAU<sup>572</sup>, actualmente derogada y cuyo contenido ha pasado a incorporarse al nuevo TRLGD. Tratándose de una norma más reciente que la LISMI, resultaban

---

<sup>571</sup> El contenido de estos dos preceptos de la LISMI ha pasado a incorporarse actualmente a los artículos 35 y 40 del TRLGD, respectivamente.

<sup>572</sup> Hay que recordar que esta norma era aplicable supletoriamente en materia laboral.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

evidentes los signos de modernidad de la misma en esta materia, hasta el punto de que su artículo 8 se desarrollaba bajo la rúbrica “Medidas de acción positiva” y las definía 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”. Entre los síntomas de modernidad aludidos estaba, sin duda, el de contemplar la diversidad dentro del colectivo de las personas con discapacidad, hasta el punto de que se ordenaba a los poderes públicos que adoptasen las medidas de acción positiva suplementarias para aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufrieran un mayor grado de discriminación o presentaran menor igualdad de oportunidades<sup>573</sup>.

La LIONDAU, no obstante, no se limitaba a enunciar estas medidas de acción positiva, sino que hacía un esfuerzo por concretar su alcance y delimitación<sup>574</sup>. Así, en el artículo 9.1 se decía que tales medidas podrían consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Por lo que hace referencia a los apoyos complementarios, podría tratarse de ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación. En un esfuerzo por ir más allá de la garantía formal de igualdad, el artículo 9.3 ordenaba a las Administraciones públicas que garantizaran que las ayudas y subvenciones públicas promovieran la efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y de las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural.

---

<sup>573</sup> La LIONDAU hacía referencia expresa, en una relación abierta, a las mujeres con discapacidad, los niños y niñas con discapacidad, las personas con discapacidad con más necesidades de apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la toma libre de decisiones y las que padecen una más acusada exclusión social por razón de su discapacidad, así como a las personas con discapacidad que viven habitualmente en el medio rural. También se preveían medidas de acción para las familias alguno de cuyos miembros fuera una persona con discapacidad.

<sup>574</sup> Si bien se dice, en el habitual ejercicio de esfuerzo de no interferencia territorial, que las contenidas en la LIONDAU tendrán naturaleza de mínimos, sin perjuicio de las medidas que puedan establecer las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias.



## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

Actualmente, esta materia se halla recogida en el vigente TRLGD, cuyo artículo 2.g) define a las medidas de acción positiva, que se constituyen en mecanismos de garantía del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad<sup>575</sup>, como “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.” Por otra parte, el artículo 4.2 del mismo texto legal prevé que las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos.

Por lo que hace referencia al contenido de estas medidas de acción positiva, que tendrán la naturaleza de mínimos<sup>576</sup>, el artículo 68 del TRLGD establece que podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables, concretándose en ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación.

Se hace necesaria, para completar el estudio de la normativa de discapacidad en relación con la acción positiva, la referencia a ese otro derecho de la discapacidad de bajo impacto, pero que frecuentemente contiene más acciones que las propias leyes. Nos estamos refiriendo a las distintas Estrategias, tanto las relacionadas con el empleo en general como las destinadas específicamente al de las personas con discapacidad, ya que en la mayoría de ellas aparecen menciones, más o menos apreciables, a las medidas de acción positiva.

Siguiendo las líneas marcadas por la UE<sup>577</sup>, la mayoría de los países europeos han utilizado las Estrategias como mecanismos impulsores de la producción de normas a partir de un planteamiento genérico del empleo de las personas con

---

<sup>575</sup> Artículo 64.1 del TRLGD.

<sup>576</sup> Sin perjuicio, por tanto, de las medidas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias.

<sup>577</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 28 a 47.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

discapacidad y con unos objetivos comunes: el fomento del empleo de este colectivo y la lucha contra la discriminación y la garantía de la igualdad de oportunidades. La Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020<sup>578</sup>, para la consecución de esos objetivos, propone fundamentalmente medidas promocionales que favorezcan la sensibilización sobre las capacidades y las contribuciones de las personas con discapacidad; no obstante, tales medidas deberán ir acompañadas del necesario apoyo financiero y complementar iniciativas nacionales encaminadas a mejorar la accesibilidad y luchar contra la discriminación, pero sin especificar las medidas concretas a aplicar.

En España, la Estrategia Global de acción para el empleo de las personas con discapacidad 2008-2012 y a la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020<sup>579</sup>, que se concreta en los distintos Planes de Acción, pretenden configurarse como elementos básicos de una visión y una acción consolidadas e integrales a largo plazo que sirvan de referencia permanente y sean la hoja de ruta de las futuras políticas públicas en materia de discapacidad en España, así como de las demás políticas que tengan incidencia en la esfera de las personas con discapacidad. La EED contiene distintas medidas relacionadas con el empleo de las personas con discapacidad, entre las que está el impulso y desarrollo de la empleabilidad de un número creciente de las mismas y, muy específicamente, la promoción del acceso al mercado de trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades de mujeres con discapacidad; en este concreto ámbito, existen herramientas estratégicas específicas para impulsar sistemáticamente las

---

<sup>578</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 15 de noviembre de 2010. Esta Estrategia sucede a la Estrategia Europea en materia de Discapacidad 2004-2010.

<sup>579</sup> Sucede a la mencionada Estrategia Global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012, que fue consecuencia del mandato que contenía la Disposición Adicional 12ª de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. En la misma, se ordenaba al Gobierno que en el plazo de seis meses aprobara una Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad que debería contener un repertorio, con su correspondiente calendario de iniciativas y medidas normativas, programáticas y presupuestarias, dirigidas a promover el acceso de las personas con discapacidad al mercado de trabajo, mejorando su empleabilidad y su integración laboral. Además, esa Estrategia debería contar, entre sus objetivos preferentes, con el de disminuir los índices de desempleo y elevar las tasas de actividad de las personas con discapacidad, con especial atención a las mujeres con discapacidad, y aquellas otras personas que por su discapacidad presentan dificultades severas de acceso al mercado de trabajo.

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

políticas públicas de género y discapacidad<sup>580</sup>. No existe en todo el texto de la EED una sola referencia a medidas concretas de acción positiva, ya sean de incentivación indirecta o promocional o bien de imposición de cuotas en la contratación de personas con discapacidad, lo que la convierte en un instrumento dudosamente eficaz en este ámbito.

En este sentido, las distintas Estrategias están teniendo un desarrollo un tanto decepcionante. Sirva como ejemplo que, a pesar del pretendido impulso de éstas, lo cierto es que el contenido de la obligación de reserva del artículo 38.1 de la LISMI ha variado poco en los últimos tiempos<sup>581</sup>, a pesar de que reiteradamente se han venido realizando propuestas desde distintos ámbitos para reforzar la medida y mejorar el control de su cumplimiento<sup>582</sup>. Así, la EGD, cuyos objetivos estratégicos eran aumentar las tasas de actividad y de ocupación de las personas con discapacidad -así como la inserción laboral-, mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, reconocía expresamente el insuficiente cumplimiento de la obligación de la cuota de reserva -a pesar de haberse incrementado en los últimos años las actuaciones inspectoras y las sanciones en esta materia-, algo que ya había venido siendo reiteradamente constatado<sup>583</sup>, si bien se apreciaba una tendencia positiva en el número de empresas que cumplían dicha obligación en el momento de la elaboración de esta Estrategia. Junto con esta conclusión, la EGD identificaba aspectos positivos y negativos en la

---

<sup>580</sup> CERMI: *II Plan Integral de Acción de Mujeres con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2013, págs. 21 a 22. El Plan se enmarca en las denominadas “medidas de acción positiva”, entendidas como estrategias que tienen un carácter limitado en el tiempo y que cuyo objetivo es contribuir a eliminar prejuicios, actitudes, discursos y prácticas que dificultan a un determinado grupo social alcanzar una situación real de igualdad de oportunidades.

<sup>581</sup> No se ha producido modificación alguna en el texto del precepto desde que la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, reformara su apartado primero.

<sup>582</sup> El CERMI realizó una propuesta de Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2007-2008 en la que se pretendía ampliar la obligación de reserva del 2 por 100 de los puestos de trabajo para personas con discapacidad a las empresas de 25 o más trabajadores. También se reclamaba un plan específico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para intensificar el control del cumplimiento de esta obligación y se establecía el incremento de las sanciones para los supuestos de incumplimiento, tipificando esta infracción como muy grave, en lugar de la actual tipificación como infracción grave en el artículo 15.3 del TRLISOS.

<sup>583</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000) (Un balance de la puesta en práctica del Acuerdo firmado entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Comité Español de Representantes de Personas Minusválidas)», *Relaciones Laborales*, nº 1, 2001, pág. 44.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

regulación y en la aplicación de las medidas alternativas, que tendremos ocasión de comentar en posteriores capítulos de esta obra, y constataba el auge de los Centros Especiales de Empleo en el ámbito de la contratación de trabajadores con discapacidad. En el concreto ámbito de la cuota de reserva del artículo 38.1 de la LISMI, la EGD planteaba las siguientes medidas correctoras<sup>584</sup> para hacer que la medida sea más eficaz y para favorecer su cumplimiento:

- Campañas divulgativas en las empresas que permitieran un mayor y mejor conocimiento de esta medida de acción positiva.
- Propuestas de reforma en la regulación del derecho administrativo sancionador relacionado con esta obligación<sup>585</sup>.
- Reforzamiento de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en esta materia.
- Ampliación de la presencia de la negociación colectiva, permitiendo que determinados aspectos pudieran tratarse en ese ámbito convencional.
- Introducción de mecanismos correctores de la intensidad de la obligación en función de las distintas tipologías de discapacidad de los trabajadores contratados.
- Estudio de la implantación de nuevas medidas alternativas que conduzcan a la contratación en el empleo ordinario.

Lo cierto es que, aunque las modificaciones que apuntaba en esta materia la EGD pudieran suponer algún progreso, el objetivo operativo de lograr una mayor contratación en el medio ordinario de trabajo no se ha visto reforzado y, a la vista del desarrollo de la propia EGD, ha quedado totalmente aparcado<sup>586</sup>.

---

<sup>584</sup> Ciertamente, como se podrá apreciar, no se trata de medidas especialmente expeditivas y, en todo caso, lo cierto es que apenas han tenido desarrollo real en el ámbito normativo.

<sup>585</sup> Como veremos en ulteriores capítulos, la Ley 26/2011, de de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención. Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, introdujo importantes cambios en esta materia.

<sup>586</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La Estrategia Global de Empleo de las Personas con Discapacidad. Un balance crítico tras su finalización», Revista de Derecho Social, núm. 61, Bomarzo, 2013, pág. 69.

## **Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad**

---

Para finalizar las menciones a las distintas Estrategias, hay que destacar que en la Estrategia Española de Empleo 2012-2014, aprobada por Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, se señala a las personas con discapacidad como uno de los colectivos prioritarios en las políticas de empleo, y se plantea la incentivación de su contratación tanto en el empleo ordinario como en el empleo protegido a través de los Centros Especiales de Empleo. No obstante, la notable batería de medidas de incentivación que contenía la EEE ha sido derogada, como ya hemos señalado, por la reforma laboral llevada a cabo por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero y por la Ley 3/2012, de 6 de julio.

Por último, hay que destacar que la información sobre el cumplimiento, por parte de las empresas obligadas a ello, de la cuota de reserva prevista en el artículo 38.1 de la LISMI, no es lo completa y actualizada que sería deseable. El artículo 9 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de Medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, estableció que el Gobierno debería presentar un informe anual, ante el Congreso de los Diputados, sobre el nivel de cumplimiento de la cuota de reserva de la plantilla a favor de trabajadores con discapacidad, en empresas de 50 o más trabajadores, regulada en el artículo 38.1 de la LISMI, y de las medidas alternativas previstas en el mismo. Por otra parte, la disposición final decimosexta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, dispone que el Gobierno, en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la misma, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de promoción de la inclusión laboral de personas con discapacidad, con el fin de establecer un nuevo sistema de promoción que ayude a la creación y mantenimiento del empleo de calidad de estas personas, previa consulta a las Comunidades Autónomas, a los interlocutores sociales y a las asociaciones más representativas de las personas con discapacidad y sus familias. Lo cierto es que ninguno de esos dos mandatos ha sido cumplido por el Ejecutivo, hasta el punto de que el Grupo Parlamentario Catalán presentó el día 11 de abril de 2013 en el Congreso de los Diputados una proposición no de ley para instar al Gobierno a presentar el informe sobre el nivel de cumplimiento de la cuota de reserva de la plantilla a favor de trabajadores con discapacidad en

empresas de 50 o más trabajadores, y de las medidas alternativas, tal y como establece el artículo 9 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de Medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, de forma previa a la presentación del Proyecto de Ley de promoción de la inclusión laboral de personas con discapacidad, al que se refiere la disposición final decimosexta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Reforma Laboral<sup>587</sup>.

### **3.4.3 Los ajustes razonables**

#### **A) Concepto y regulación en el ámbito internacional**

Para finalizar este capítulo, es preciso analizar un concepto sin el cual no es posible completar el estudio de la acción positiva en relación con el empleo de las personas con discapacidad. La Directiva 2000/78/CE, en su versión inglesa, utiliza la expresión *reasonable accommodations* para hacer referencia a lo que en nuestro idioma hemos denominado “ajustes razonables”; sea cual fuere la lengua empleada, lo cierto es que este concepto se ha mostrado como determinante en el diseño de las políticas antidiscriminatorias, y parámetro ineludible en el juicio de racionalidad a la hora de calibrar la justificación de las medidas de acción positiva, fundamentalmente porque el patrón por el que se rige el diseño de las políticas, prácticas y estrategias empresariales está basado en patrones de normalidad, es decir, en estándares sociales, lo que dificulta las adaptaciones o las medidas específicas para personas que se alejan de esos patrones, con el consecuente incremento de la dificultad de estas personas para acceder al empleo en condiciones de igualdad de oportunidades. De este modo, resulta imprescindible determinar de modo preciso ese parámetro de “razonabilidad”<sup>588</sup>.

---

<sup>587</sup> Hay que señalar que dicha proposición no prosperó, ya que el Grupo Parlamentario popular, mayoritario en la Cámara, que dijo compartir la esencia de la misma, discrepaba en que hubiera de imponerse al Gobierno un plazo de dos meses para cumplirla. Lo cierto es que resulta sorprendente que no se acepte una proposición no de ley que recuerda al Ejecutivo el incumplimiento de un mandato legal que tenía establecido un plazo, y que sea rechazada precisamente por fijar uno nuevo.

<sup>588</sup> WADDINGTON, L.: «Chapter six. Reasonable Accommodation», en D. SCHIEK, L. WADDINGTON and M. BELL (eds.): *Cases, Material and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Londres, Oxford: Hart Publishing, 2007, págs. 658 a 662.

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

Por tanto, afrontamos la difícil tarea de delimitar la obligación de hacer ajustes razonables por motivos de discapacidad, basada en el reconocimiento de que, en ocasiones, la interacción entre la discapacidad de un individuo y el entorno físico o social puede generar la imposibilidad de llevar a cabo una función determinada, un específico trabajo o una actividad puntual de una manera convencional o estandarizada. Una discapacidad puede generar en una persona una barrera que le impide o limita el acceso a un empleo, de modo que no concurre en igualdad de oportunidades con otras personas que no comparten esa característica. Sin embargo, la normativa antidiscriminatoria se basa tradicionalmente en la idea de que la característica que se protege, sea ésta cual fuere, debe ser compensada de manera adecuada para garantizar efectivamente la igualdad de oportunidades. En este sentido, no se puede considerar la discapacidad como una característica irrelevante a estos efectos, puesto que ello supondría la desaparición de la justificación subyacente para un tratamiento diferenciado; no obstante, insistir esencialmente en la igualdad de trato podría perpetuar definitivamente esa desventaja<sup>589</sup>. Por tanto, la acción positiva debe, necesariamente, constituirse como un medio, y no como un fin en la consecución de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el empleo.

Como no podía ser de otro modo, este concepto tiene sus orígenes en la normativa estadounidense. Ya antes de la ADA, en la *Civil Rights Act* de 1964, modificada en 1972, se regulaban los ajustes razonables en relación con las necesidades religiosas de los trabajadores en las empresas, y ya entonces apareció otro concepto, muy relacionado con el de los ajustes razonables y que será, en definitiva, el que lo dimensione: la carga excesiva<sup>590</sup>. Así, el artículo 701 (j), en conjunción con el 703 (c) de la *Civil Rights Act*, impone una obligación a toda organización laboral para acomodar razonablemente las prácticas religiosas de un empleado o futuro empleado, a menos que la organización del trabajo demuestre que dicho ajuste se traduciría en una carga excesiva, si bien no se

---

<sup>589</sup> FREDMAN, S.: «Disability Equality, A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm?», en LAWSON, A. y GOODING, C. (eds.): *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Londres, Oxford: Hart Publishing, 2005, p. 199-203.

<sup>590</sup> "Undue hardship", en inglés.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

define este último concepto<sup>591</sup>. Sin embargo, en la ADA, y dentro del concreto ámbito del empleo de las personas con discapacidad, sí se concreta el alcance de la carga excesiva, ya que tras requerir en su Título I que el empleador proporcione ajustes razonables a las personas con discapacidad empleadas o solicitantes de empleo, se condiciona esa obligación a que ello no cause una carga excesiva en el sujeto obligado a realizar esos ajustes; por carga excesiva entiende la ADA cualquier dificultad o gasto significativo, partiendo de los recursos y las circunstancias del empleador en particular en relación con el coste o la dificultad de proporcionar un ajuste específico<sup>592</sup>. La carga excesiva no sólo se refiere a la dificultad financiera, sino a ajustes razonables que sean excesivamente extensos, sustanciales o perjudiciales, o que puedan alterar fundamentalmente la naturaleza o el funcionamiento de la empresa. El empleador debe evaluar caso por caso si una determinada acomodación razonable podría causar dificultades excesivas<sup>593</sup>.

En la normativa de muchos otros países ha sido significativa la aparición del concepto de carga excesiva como contrapeso a las acciones positivas tendentes a hacer efectiva la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Así, por ejemplo, sucede con la Disability Discrimination Act (Australia, 1992), la Disability Discrimination Act (Reino Unido, 1995) y la Ley 4/2004 o "Legge Stanca" (Italia, 2004).

Por lo que hace referencia al Derecho Internacional, los ajustes razonables no aparecen inicialmente como una limitación a la acción positiva, expresada como tal, sino como un obstáculo para las adaptaciones necesarias para favorecer la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad que requiere compensación económica a quien lleva a cabo tales adaptaciones. Así sucede, por ejemplo, con la Recomendación nº 168 de la OIT, de 20 de junio de 1983,

---

<sup>591</sup> La Corte Suprema americana ha realizado una interpretación sumamente restrictiva del mismo, en el sentido de considerar que salvo que el coste del ajuste fuera insignificante, estaríamos ante una carga excesiva para el empresario.

<sup>592</sup> WADDINGTON, L: «Implementing and interpreting the Reasonable Accommodation Provision of the Framework Employment Directive: Learning from Experience and Achieving Best Practice», EU Network of Experts on Disability Discrimination, Comisión Europea, 2004, pág. 15.

<sup>593</sup> En este sentido, el concepto de carga excesiva de la ADA es diferente del aplicado por los tribunales en virtud del Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 para la adaptación religiosa.



## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

sobre la readaptación profesional y el empleo<sup>594</sup>, o con las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, de 20 de diciembre de 1993<sup>595</sup>, resultando especialmente relevante respecto de estas últimas la Observación General 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo apartado 22 se dice que para que las personas con discapacidad tengan las mismas oportunidades de empleo productivo y remunerado en el mercado de trabajo que el resto de trabajadores, es particularmente importante que se eliminen todos los obstáculos artificiales a la integración en general y al empleo en particular. La propia OIT ha señalado frecuentemente que son las barreras materiales que la sociedad ha erigido en esferas como el transporte, la vivienda y el puesto de trabajo las que se citan como justificación para no emplear a las personas con discapacidad, de modo que mientras los lugares de trabajo estén organizados y construidos de forma que los hagan inaccesibles, por ejemplo, a las personas que se desplazan en sillas de ruedas, los empleadores estarán en condiciones de poder justificar de algún modo su imposibilidad de emplear a los usuarios de dichas sillas. En este sentido, la mencionada Observación General determina que los gobiernos deben desarrollar también políticas que promuevan y regulen disposiciones laborales flexibles y alternativas que permitan atender razonablemente las necesidades de los trabajadores con discapacidad.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, que fueron aprobados el día 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificados por España el día 21 de abril de 2008, contienen también referencias a los ajustes razonables. Así, al definir la discriminación por motivos de discapacidad, se dice expresamente que se incluye en este concepto la denegación de esos ajustes

---

<sup>594</sup> Incluye incentivos económicos para alentar a los empleadores a proporcionar formación y empleo subsiguiente a las personas inválidas, así como a adaptar, dentro de límites razonables, los lugares de trabajo, la estructuración de las tareas, las herramientas, la maquinaria y la organización del trabajo para facilitar tal formación y empleo (11.a). El sentido de estos incentivos económicos no puede ser otro que el de evitar que los ajustes comporten cargas excesivas para los empresarios.

<sup>595</sup> El artículo 7.2 dice expresamente que los Estados han de estimular a los empleadores a que hagan ajustes razonables para dar cabida a personas con discapacidad.

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

razonables, que la propia Convención define 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” (art. 2). En este caso, no se define la carga excesiva, ni se facilita la concreción de este concepto de manera que permita predeterminedar una interpretación uniforme a la hora de valorar la justificación de los ajustes razonables, si bien en el artículo 5.3 se exige a los Estados Partes la adopción de todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de estos ajustes razonables.

En el ámbito europeo, la Directiva 2000/78/CE incluyó expresamente el concepto de ajuste razonable, lo que supuso la incorporación del mismo en todos los países miembros de la Unión Europea. Entre las consideraciones de la Directiva no está la de obligar a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación determinada, pero expresamente se dice que ello no obsta la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad. En el artículo 5 se dice que, con la finalidad de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables, lo que significa que los empresarios deberán tomar las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, “salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”. La propia Directiva asume el reto de concretar el concepto de carga excesiva, entendiendo que no será tal “cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”.

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

En todo caso, nos hallamos ante conceptos jurídicos indeterminados, tanto en el caso de los ajustes razonables como en el de la carga excesiva. Los adjetivos que acompañan a los sustantivos, en ambos casos, representan el “halo” que dota de cierta imprecisión al concepto<sup>596</sup>, pero ello no puede entenderse como una deficiencia del lenguaje jurídico, sino como una exigencia de su necesaria adaptación a la realidad<sup>597</sup>. La misión del aplicador del derecho será, por tanto, reducir ese halo del concepto en cada caso, actuando siempre de acuerdo con los criterios más razonables para dotarlo de certidumbre y concreción para que la norma sea aplicada en el sentido en que fue concebida<sup>598</sup>, esto es, en el caso que nos ocupa, para conseguir una efectiva igualdad de oportunidades en el empleo de las personas con discapacidad<sup>599</sup>. La reducción de la indefinición provocada a priori por la adjetivación del concepto puede conseguirse mediante una definición lo más minuciosa posible en la norma, como sucede en el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE al concretar que la carga excesiva no se apreciará cuando sea paliada en grado suficiente con las correspondientes medidas; no obstante, en este caso, y en muchos otros, se pretende paliar la indeterminación inicial del concepto provocada por el uso de un adjetivo –excesiva- remitiendo a otro no menos indefinido –suficiente- de modo que la dificultad de concreción a priori persiste, aunque relativamente paliada al evitar al intérprete la apreciación del impacto de las medidas paliativas de la carga excesiva.

Resulta, por tanto, complejo concretar en qué deban consistir los ajustes razonables y cuándo podemos estar ante una carga desproporcionada o excesiva para quien deba aplicarlos, de modo que se permita razonablemente evitar esa exigencia ante esta circunstancia. Como hemos visto, la normativa internacional

---

<sup>596</sup> SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, pág. 191.

<sup>597</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, págs. 228 a 229.

<sup>598</sup> DE VICENTE DOMINGO, R: *Las Alteraciones del planeamiento urbanístico: el control judicial de la ordenación del suelo*, Madrid, La Ley, 1994, pág. 118.

<sup>599</sup> ALONSO MAS, M.J.: *La decisión justa en las resoluciones administrativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 281. La autora señala que en ocasiones no es el halo del concepto el que genera la dificultad para determinar en cada caso su contenido concreto, sino la propia limitación del razonamiento jurídico, ya que se produce un “margen cognoscitivo de apreciación” que dificulta aquella concreción. Por tanto, este margen cognoscitivo constituye una dificultad a posteriori, mientras que el halo es una dificultad a priori en la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

define genéricamente unos y otra, sin particularizar o ejemplificar el alcance que puedan tener en la práctica. Genéricamente, estamos ante técnicas cuya finalidad es posibilitar que una persona con discapacidad pueda disfrutar de una efectiva y real igualdad de oportunidades en el empleo; en este sentido se pronuncia la Guía interpretativa del Reglamento para implementar la ADA<sup>600</sup>, que además clasifica estas medidas de ajuste en función del momento en que son aplicadas (acceso al empleo, desarrollo del trabajo en el puesto, disfrute de beneficios propios del desarrollo del trabajo). Tanto en las normativas internas de los Estados como en las normas internacionales, se aprecian esfuerzos por concretar el contenido de los ajustes razonables, pero en todos los casos la precisa delimitación y la determinación del alcance de estas medidas requerirán un análisis individualizado, condicionado por la indeterminación del concepto y por el margen cognoscitivo de apreciación.

No obstante, y con carácter meramente ejemplificativo, podemos señalar algunas de las referencias concretas a los ajustes razonables que podemos hallar en diferentes ámbitos normativos:

- Proveer a los trabajadores con discapacidad visual de un asistente personal que pueda acompañarles en los viajes de negocios ocasionales, o permitir que sean acompañados por sus perros guía (*Interpretive Guidance on Title I of the Americans with Disabilities Act*).
- Trabajo a domicilio y teletrabajo (*Interpretive Guidance on Title I of the Americans with Disabilities Act*).
- Ajustes en las instalaciones y los equipamientos (*Disability Discrimination Act*, Reino Unido; Directiva 2000/78/CE).
- Asignación de funciones, tareas o puestos de trabajo específicos (*Disability Discrimination Act*, Reino Unido; Directiva 2000/78/CE).

---

<sup>600</sup> *Interpretive Guidance on Title I of the Americans with Disabilities Act*, de 6 de agosto de 2000 (*Federal Register*/ Vol. 65, N° 111, de 8 de junio de 2000).

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

- Horarios de trabajo o formación adaptados (*Disability Discrimination Act*, Reino Unido).
- Programas de formación específicos (*Disability Discrimination Act*, Reino Unido; Directiva 2000/78/CE).

Además de estos ejemplos, la jurisprudencia europea ha admitido otras medidas concretas, tales como la reducción del tiempo de trabajo, como posibles ajustes razonables<sup>601</sup>.

En definitiva, estamos ante supuestos en los que se procederá a aplicar un tratamiento específico para corregir una desigualdad que afecta a una persona con discapacidad en relación con el empleo<sup>602</sup>, por lo que pueden constituir medidas de acción positiva. Estas medidas, derivadas de la exigencia de aplicar ajustes razonables, y que pueden afectar, como hemos visto, a las instalaciones de una empresa, al equipamiento de la misma o al propio contenido de la prestación de servicios del trabajador en relación con sus condiciones de trabajo, pueden resultar conflictivas cuando afecten a la situación o a los derechos de otros trabajadores. Es por ello que se puede plantear si los ajustes razonables pueden ser considerados en todo caso medidas de acción positiva o si, por el contrario, únicamente cabrá tal consideración cuando el derecho del trabajador con discapacidad a la adopción de ajustes razonables pueda suponer una limitación de los derechos de otros trabajadores que no presentan discapacidad. En definitiva, pudiera tratarse de un debate estéril, por cuanto la aplicación de una medida específica que favorezca la igualdad de oportunidades de una persona con dificultad constatada para acceder al empleo o para mantener el mismo, directa o indirectamente afectará a otros trabajadores, ya que el mercado de trabajo es selectivo y los puestos de trabajo limitados. Por ello, las medidas que

---

<sup>601</sup> Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013. Vid 2.1.2.

<sup>602</sup> El incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables es una forma de discriminación, tal como se establece en el artículo 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. Sobre el tipo de discriminación que pueda constituir la denegación de los ajustes razonables, hay distintas posiciones: desde quienes entienden que se trataría de una discriminación directa o indirecta, según los casos, hasta aquellos que afirman que se trata de una forma de discriminación *sui generis*. Como ejemplo de estos últimos, WADDINGTON, L: «Chapter six. Reasonable Accommodation», en SCHIEK D. et al (eds.), *Cases, Materials and Text...*, op. cit., pág. 744.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

se apliquen como consecuencia de la exigencia de ajustar razonablemente instalaciones, medios o condiciones de trabajo para que una persona con discapacidad goce de una real igualdad de oportunidades en este ámbito, podrán ser consideradas en todo caso parte de la acción positiva, si bien, como ocurre con todas ellas, pertenecerán a la categoría de las denominadas medidas promocionales o indirectas en la mayoría de los casos, y únicamente podrán ser consideradas medidas de acción positiva directa cuando su adopción sea imperativa y su omisión constituya una infracción punible.

En definitiva, no parece que los parámetros para determinar si opera o no la acción positiva deban limitarse al impacto que las medidas pudieran tener en los derechos de otros trabajadores, el carácter individualizado de las mismas respecto de las dificultades particulares de cada trabajador con discapacidad afectado<sup>603</sup>, o el carácter temporal o definitivo de la acción<sup>604</sup>, sino que el foco debería ponerse en la intensidad con la que el legislador exige la adopción de la medida. En definitiva, es innegable que los ajustes razonables constituyen mecanismos correctores de las desigualdades que generan discriminaciones en el empleo de las personas con discapacidad y, con todas las peculiares características que puedan presentar dentro de esta categoría, deben ser considerados como medidas de acción positiva. No obstante, tanto en la normativa internacional como en las normas internas de la mayoría de los Estados de la UE<sup>605</sup> se aprecia una cierta ambigüedad en la delimitación y el encaje sistemático de los ajustes razonables dentro de las medidas de acción

---

<sup>603</sup> BALL, C.A.: «Preferential Treatment and Reasonable Accommodation under the Americans with Disabilities Act», *Alabama Law Review* *Alabama Law Review*, Summer, 2004, 55 Ala., págs. 951 a 974. El autor señala que la diferencia principal entre los ajustes razonables y las medidas de acción positiva es que mientras que éstas tienen carácter general y no están diseñadas para una persona con discapacidad en concreto, los ajustes razonables se caracterizan por su individualización.

<sup>604</sup> Los ajustes razonables podrían tener, a priori, una mayor vocación de estabilidad, mientras que las restantes medidas de acción positiva serían esencialmente temporales. No obstante, lo cierto es que en ambos casos la duración de la acción estará relacionada con la existencia de la desigualdad y, por tanto, su perdurabilidad resultará de la persistencia de aquélla.

<sup>605</sup> Hay casos, como el francés, que se apartan de este supuesto al encajar en el artículo L1133-4 del *Code du Travail* los ajustes razonables dentro de las medidas de acción positiva.

positiva, lo que en ocasiones alimenta el debate sobre la naturaleza del deber de realizar tales ajustes<sup>606</sup>.

### **B) Los ajustes razonables en el Derecho español**

La introducción de este concepto en nuestro ordenamiento jurídico se produce, aunque fuera desde un ámbito distinto al relacionado con el principio de igualdad, a partir de la entrada en vigor de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. No obstante, hay que señalar que esta norma no prevé las adaptaciones en relación con las personas con discapacidad en el sentido en que el Derecho ha regulado esta circunstancia, sino introduciendo un concepto próximo al de discapacidad, pero distinto, que es el de la especial sensibilidad en relación con la prevención de los riesgos derivados del trabajo.

En efecto, el artículo 25 de la LPRL<sup>607</sup> ordena al empresario que garantice de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Se trata, pues, de un concepto más amplio que el de discapacidad, ya que abarcará también a trabajadores que, sin tenerla reconocida, presenten unas características personales o un estado biológico que genere especial sensibilidad en relación con la protección de sus riesgos laborales<sup>608</sup>. Lo cierto, no obstante, es que en el caso de las personas que tienen reconocida una discapacidad la inclusión en el ámbito de aplicación del artículo 25 de la LPRL no requiere valoración previa, por lo que es automática; ello no obstante, al no concretar la norma las específicas consecuencias de la inclusión en ese ámbito subjetivo, pudiera suceder que, aun presentando una discapacidad legalmente reconocida, no existiera objetivamente

---

<sup>606</sup> WADDINGTON, L: «Chapter six. Reasonable Accommodation», en SCHIEK D. et al (eds.), *Cases, Materials and Text...*, op. cit., pág. 751.

<sup>607</sup> Este precepto resulta de la trasposición de Directiva 89/391/CEE, del 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, cuyo artículo 9 obliga al empresario a "disponer de una evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo, incluidos los que se refieren a los grupos de trabajadores con riesgos especiales".

<sup>608</sup> SALA FRANCO, T.: *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 125.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

la obligación empresarial de realizar adaptaciones o ajustes, que éstos no fueran razonables o que, siéndolo, pudieran representar una carga excesiva para el empresario.

En todo caso, lo cierto es que del artículo 25 de la LPRL se deriva una peculiar obligación empresarial, que es la de considerar especialmente la situación de sus trabajadores con discapacidad a la hora de evaluar y proteger los riesgos que pudieran afectarles específicamente; naturalmente, aquellos que pudieran existir y que no tengan relación con la discapacidad deben estar suficientemente evaluados y protegidos por el derecho genérico consagrado en el artículo 14 de la propia LPRL. El legislador no determina las medidas concretas a adoptar para esa específica protección de los trabajadores con discapacidad, si bien en el desarrollo reglamentario de la LPRL aparecen algunas referencias en este sentido<sup>609</sup>, pero ordena expresamente en el artículo 14.2 de la LPRL que el empresario tome en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarles las tareas, prohibiendo en el artículo 25 de la propia LPRL que los trabajadores sean empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida<sup>610</sup>, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. En este concreto aspecto, a diferencia de lo que sucede con la maternidad<sup>611</sup>, la LPRL no prevé las consecuencias de esta

---

<sup>609</sup> Por ejemplo, la obligación de realizar las “adaptaciones necesarias” para la utilización de los equipos de trabajo por trabajadores con discapacidad, contenida en el artículo 3.2.c) del Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio.

<sup>610</sup> Parece, pues, que se trata de personas que tengan reconocida una discapacidad, sin que se requiera que hayan obtenido el reconocimiento de una prestación de la Seguridad Social por incapacidad permanente.

<sup>611</sup> El artículo 26.2 de la LPRL prevé que cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado.



## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

prohibición cuando se trata de una discapacidad sobrevenida que impide al trabajador ocupar el puesto de trabajo que venía desempeñando. No obstante, es abundante la doctrina judicial que avala el derecho del trabajador al cambio de puesto de trabajo en estos casos<sup>612</sup>, que pudiera ser entendido como una exigencia de ajuste razonable, y que de ser así constituiría una medida de acción positiva directa. Sin embargo, hay autores que sostienen que, en ausencia de previsión legal específica en esta materia, no existe un derecho del trabajador a ocupar un puesto de trabajo diferente<sup>613</sup>, si bien la mayoría de la doctrina parece decantarse por reconocer ese derecho<sup>614</sup>.

Sea como fuere, parece evidente la conexión entre las previsiones de adaptación de la LPRL y la exigencia de ajustes razonables a los empresarios, hasta el punto de que en ocasiones pueden coincidir ambas en una misma medida, aunque resulte de diferentes fundamentos jurídicos ya que, mientras las obligaciones preventivas tienen un origen contractual en todo caso, las exigencias de ajustes razonables se extienden también a estadios previos a la celebración del contrato de trabajo, sobre la base del principio de igualdad de oportunidades. Por otra parte, las limitaciones que sobre los ajustes razonables presenta el concepto de carga excesiva no son aplicables a la normativa de prevención de riesgos, precisamente porque el fundamento de ésta se halla en el derecho del trabajador a la protección de su seguridad y de su salud.

En todo caso, y más allá de las coincidencias de la normativa de prevención de riesgos laborales con la antidiscriminatoria, lo cierto es que la inclusión de la obligación de realizar ajustes razonables se produce con la transposición a nuestro derecho interno de la Directiva 2000/78/CE, cuyo artículo 5 señala que, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. La Ley

---

<sup>612</sup> En algunos casos, como el de la STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2004 (AS 2004\2365), se llega a considerar que es un derecho irrenunciable del trabajador, que ni siquiera puede ser afectado por la negociación colectiva; en otros, como en la STJ de Castilla-La Mancha de 21 de marzo de 2002 (AS 2002\1636), se reconoce ese derecho pero admitiendo que los convenios colectivos puedan regular los procedimientos para su ejercicio.

<sup>613</sup> SALA FRANCO, T.: *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit., pág. 126.

<sup>614</sup> Por todos, MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L.: *El derecho de los trabajadores a la seguridad y la salud en el trabajo*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2006, pág. 273.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, llevó a cabo la adecuación de la normativa española al contenido de la Directiva 2000/78/CE<sup>615</sup> modificándose, entre otros, determinados preceptos del TRLET, de la entonces vigente LISMI, de la Ley de Procedimiento Laboral también vigente en aquel momento<sup>616</sup>, del TRLISOS y de la legislación en materia de función pública.

En concreto, el artículo 38 de la Ley 62/2003, introdujo un nuevo artículo 37.bis en la LISMI, cuyo apartado segundo imponía a los empresarios la obligación de adoptar las medidas adecuadas<sup>617</sup> 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. Actualmente, esta obligación se halla recogida en el artículo 40.2 del TRLGD, que es una reproducción exacta del derogado artículo 37.bis.2 de la LISMI.

El referido artículo 40.2 del TRLGD señala que, para determinar si una carga es excesiva, se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa. En todo caso, el TRLGD no detalla el contenido de los ajustes razonables, a pesar de que la referencia a estos ajustes aparece repetidamente en el texto legal. Tampoco aparece un catálogo de los mismos, aunque solamente fuera a título ejemplificativo, ni se dice expresamente que el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables constituya discriminación por razón de

---

<sup>615</sup> La misma Ley 62/2003 hizo lo propio con la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

<sup>616</sup> Aprobada por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, y actualmente derogada y sustituida por la nueva LJS.

<sup>617</sup> El legislador prefirió no utilizar la expresión “ajustes razonables”.

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

discapacidad<sup>618</sup>. Esta circunstancia dificulta enormemente las posibilidades de tipificar estas omisiones del deber de ajuste razonable como infracciones muy graves en materia de empleo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8.12 del TRLISOS<sup>619</sup>.

Respecto del ámbito subjetivo de aplicación de este precepto, el obligado será el empresario, en la línea de lo establecido en la Directiva 2000/78/CE, mientras que el destinatario de la medida de ajuste será el trabajador con discapacidad. En este caso, la complejidad del concepto, que hemos tenido ocasión de analizar en el capítulo anterior, provoca no pocas dudas sobre la delimitación de este ámbito subjetivo, puesto que la finalidad de la norma parece apuntar a la corrección de las desigualdades provocadas por una discapacidad para lograr una efectiva igualdad de oportunidades, de modo que no debiera resultar especialmente determinante el porcentaje de esa discapacidad a estos efectos. No obstante, como ya se ha podido señalar en el referido capítulo, lo cierto es que nuestra normativa establece un concepto de discapacidad marcadamente médico y, consecuentemente, basado en la existencia de un porcentaje mínimo de disminución, actualmente establecido en un 33 por 100. No es menos cierto, por otra parte, que el vigente TRLGD no se limita a este restrictivo concepto, ya que considera que son personas con discapacidad todas 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 (artículo 4.1). Pese a ello, la concreción de esta situación se producirá, tal como se establece en el artículo 4.2, cuando se haya reconocido un grado de

---

<sup>618</sup> No obstante, conviene recordar que la LIONDAU ya sugería lo efectos discriminatorios ante la ausencia de adopción de estas medidas.

<sup>619</sup> Este precepto hace referencia a “las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad”. También resulta compleja la aplicación de las responsabilidades específicas de los empresarios en materia de igualdad previstas en el artículo 46.bis del propio TRLGD. Actualmente, la Disposición Adicional Octava del TRLGD establece que la aplicación de lo dispuesto en los artículos 81.3.b, 95.2.a, 95.3.e, 95.3.f, 95.3.g, 95.4.f y 95.4.g, en cuanto se derive del incumplimiento de las exigencias de accesibilidad o negativa a adoptar un ajuste razonable, quedará sujeta a lo dispuesto en los artículos 24, 25, 27, 28 y 29, que regulan las condiciones de accesibilidad en distintos ámbitos, y sus correspondientes desarrollos normativos. Persisten, por tanto, los problemas de tipificación referidos, que recomiendan una modificación del TRLISOS.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

discapacidad igual o superior al 33 por ciento, o una pensión de incapacidad permanente en los términos contemplados en este precepto. Sin duda, uno de esos beneficios derivados del reconocimiento de una discapacidad es el de resultar acreedor, quien la presenta, del derecho a que sean realizados ajustes razonables, si bien tal derecho se presentará únicamente en relación con la situación concreta y la probada necesidad de los mismos, no resultando bastante la presencia de cualquier discapacidad.<sup>620</sup> De hecho, la adaptación depende de la situación concreta.

El artículo 40.2 del TRLGD, como no podía ser de otro modo, pone el límite del derecho a los ajustes razonables en que éstos no constituyan una carga excesiva para el empresario obligado. Siguiendo la línea de la Directiva 2000/78/CE, el TRLGD realiza una valoración esencialmente económica de este concepto de carga excesiva, aunque no prevé expresamente ayudas públicas dirigidas a paliar el efecto limitativo de la carga excesiva sobre los ajustes razonables<sup>621</sup>.

Poco antes de que esta obligación de adaptación y ajuste apareciera en el artículo 37.bis de la LISMI, la LIONDAU ya había incidido en el ámbito de los ajustes razonables<sup>622</sup>, que aparecían definidos en su artículo 7.c). Actualmente, tal definición viene recogida en el artículo 2.m) del TRLG, que establece que los ajustes razonables son 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 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

---

<sup>620</sup> Aceptar que cualquier discapacidad, sea cual fuere su grado y en cualquier circunstancia, comportaría el derecho a exigir ajustes razonables, sería tanto como dar por válido el cumplimiento de las exigencias legales de reserva de empleo con trabajadores que presentaran discapacidades de todo tipo, incluso porcentualmente muy por debajo del límite del 33 por 100.

<sup>621</sup> Sí lo hace el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, que prevé subvenciones con cargo al Servicio Público de Empleo Estatal destinadas a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de los equipos de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales a los trabajadores con discapacidad contratados o para eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de estos trabajadores. La cuantía máxima de esas ayudas, establecida en el artículo 1.2 de la Orden de 13 de abril de 1994, es de 901,52 euros.

<sup>622</sup> En este caso sí se utilizaba esta expresión en el texto legal.

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

demás, de todos los derechos”. El artículo 66.2 del propio TRLGD también establece que para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, pero se añaden los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda<sup>623</sup>. Finalmente, las discrepancias entre el solicitante del ajuste razonable y el sujeto obligado podrán ser resueltas a través del sistema de arbitraje previsto en el artículo 74 del TRLGD, sin perjuicio de la protección administrativa o judicial que en cada caso proceda<sup>624</sup>.

En definitiva, ya en la LIONDAU el tratamiento del concepto de carga excesiva era comparativamente más amplio que en la LISMI, puesto que a los factores puramente económicos se añadían los efectos discriminatorios que pudieran aparecer como consecuencia de la inaplicación de los ajustes razonables. Sin embargo, a la hora de definir el contenido de las ayudas públicas paliativas de los efectos limitativos de la carga excesiva sobre los ajustes razonables, se incurría en la misma omisión que la LISMI, puesto que se hacía una mera remisión genérica a las actuaciones que las Administraciones Públicas puedan llevar a cabo en esta materia. Estas situaciones persisten tras la entrada en vigor del TRLGD.

Sin embargo, la posición de ambas normas, LISMI y LIONDAU, respecto de los efectos discriminatorios de la omisión de realización de ajustes razonables era bien diferente, puesto que la LIONDAU expresamente señalaba, en su artículo 4, que se entendería que se vulneraba el derecho a la igualdad de oportunidades de

---

<sup>623</sup> El propio artículo 66.2 del TRLGD establece que las Administraciones públicas competentes podrán establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables.

<sup>624</sup> Desarrollado por el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad. No obstante, esta norma excluye expresamente de su ámbito de aplicación los arbitrajes laborales. Para cubrir este vacío, el CERMI trasladó en 2007 al Gobierno, en su propuesta de *Estrategia Global para el empleo de personas con discapacidad 2007-2008*, que en el ámbito laboral las discrepancias sobre los ajustes razonables podían ser resueltas por la Autoridad Laboral, con informe previo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

las personas con discapacidad cuando se produjeran discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas<sup>625</sup>. Aparecía, pues, este incumplimiento como una forma *sui generis* de discriminación<sup>626</sup>, que se mantiene tras la entrada en vigor del TRLGD, que reproduce ese contenido en su artículo 80, al determinar el objeto de las infracciones en esta materia.

Finalmente, como ya hemos señalado, la Ley 62/2003 también traspuso el contenido de la Directiva 2000/78/CE a las normas reguladoras del empleo público y, en concreto modificando el contenido de los artículos 31.1.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, y 63.1 del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero. Ambos preceptos fueron derogados posteriormente por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Pero antes de la entrada en vigor del EBEP, la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de personas con discapacidad<sup>627</sup>, estableció en su artículo único que en las ofertas de empleo público se había de reservar un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de discapacidad fuera igual o superior al 33 por ciento, de modo que, progresivamente se pudiera alcanzar el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración del Estado; todo ello, por imperativo de los principios constitucionales de mérito y capacidad<sup>628</sup>, siempre que los aspirantes con discapacidad hubieran superado las pruebas selectivas y que, en su momento, pudieran acreditar el indicado grado de discapacidad y la

---

<sup>625</sup> Parece que, al menos sistemáticamente, la LIONDAU distingue entre ajustes razonables y medidas de acción positiva, reavivando el debate sobre si los primeros son o no parte de las segundas.

<sup>626</sup> Hay que tener en cuenta que, como ya se ha señalado, si bien en materia de empleo era de aplicación el artículo 37.bis de la LISMI, el artículo 3 de la LIONDAU establecía que sus disposiciones eran supletorias a las dictadas específicamente para asegurar el principio de igualdad de trato en el ámbito del empleo y la ocupación, por lo que se estaba ante una aplicación supletoria de la LIONDAU que permitía ampliar las previsiones de la LISMI en esta materia.

<sup>627</sup> Que también transpone a nuestro derecho el contenido de la Directiva 2000/78/CE.

<sup>628</sup> Artículo 103.3 de la CE.

## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determinara reglamentariamente<sup>629</sup>. En desarrollo de este precepto legal, se aprobó 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, en el que expresamente se hace referencia a los ajustes razonables en el ámbito del empleo público<sup>630</sup>.

Será, no obstante, el EBEP el que de una manera definitiva incorpore las obligaciones de ajustes razonables en el ámbito de las Administraciones Públicas en una norma con rango de ley y cuyo contenido tiene carácter básico<sup>631</sup>. Su artículo 59.2 establece que cada Administración Pública deberá adoptar 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”. El Real Patronato sobre Discapacidad ha establecido una serie de

---

<sup>629</sup> Esta norma viene a sustituir y a ampliar el contenido de la Disposición Adicional decimonovena de la Ley 23/1988, de 28 de julio, que establecía que “en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 3 por ciento de las vacantes para ser cubierta entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por ciento, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento 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”.

<sup>630</sup> El artículo 8 de este Real Decreto concreta de manera muy precisa el contenido de estos ajustes razonables. Así, se establece que en las pruebas selectivas, incluyendo los cursos de formación o períodos de prácticas, se establecerán para las personas con discapacidad con grado igual o superior al 33 por ciento que lo soliciten las adaptaciones y los ajustes razonables necesarios de tiempo y medios para su realización, para asegurar su participación en condiciones de igualdad. La adaptación de tiempos consiste en la concesión de un tiempo adicional para la realización de los ejercicios, mientras que la de los medios se plasma 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. Se prevé, finalmente, que a efectos de valorar la procedencia de la concesión de las adaptaciones solicitadas, se solicitará al candidato el correspondiente certificado o información adicional, y se establece que la adaptación no se otorgará de forma automática, sino únicamente en aquellos casos en que la discapacidad guarde relación directa con la prueba a realizar.

<sup>631</sup> Lo que hace que sea aplicable a todas las Administraciones Públicas, y no únicamente a la General del Estado.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

pautas para la aplicación de este precepto que, en general, se dirigen en el sentido de lo dispuesto en el artículo 8 del Real Decreto 2271/2004<sup>632</sup>.

En definitiva, el EBEP recoge lo que habían venido siendo hasta ese momento las técnicas habituales de promoción del principio de igualdad en el acceso al empleo público para las personas con discapacidad, manteniendo en principio el cupo de reserva en las convocatorias tal como lo había establecido la Ley 53/2003<sup>633</sup>, y recurriendo a la invocación de las necesarias adaptaciones, tanto durante los procesos selectivos como, una vez superados éstos, en el desarrollo de las funciones propias de cada puesto de trabajo por parte del empleado público. Este planteamiento conservador hace que no sea fácil calificar al EBEP de innovador en esta materia<sup>634</sup>.

Para finalizar este apartado, hay que hacer una breve referencia, nuevamente, a las Estrategias. En concreto, en la EGD se hacía expresa mención de los ajustes razonables regulados en la normativa de empleo público, y se señalaba destacadamente que en la Oferta de empleo público del año 2008, por primera vez aparecen publicadas en el Boletín Oficial del Estado, junto con el texto del Real Decreto de la Oferta, la reserva y la adjudicación de plazas, como mejora de la difusión de las convocatorias entre las personas con discapacidad. También se realizaba una interesante reflexión a la hora de valorar las razones que pueden explicar la baja incorporación de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo. Esta circunstancia puede obedecer a distintas razones, puesto que además de las relacionadas con los posibles costes adicionales que los empresarios puedan presumir que conlleva la contratación de personas con

---

<sup>632</sup> REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: *Pautas para una correcta aplicación de las medidas relativas al acceso de las personas con discapacidad al empleo público*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Real Patronato sobre Discapacidad, 2003.

<sup>633</sup> Una modificación posterior del artículo 59.1 del EBEP, llevada a cabo por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, incrementa del 5 al 7 por 100 este cupo de reserva de empleo público, si bien con la novedad de que al menos el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual, mientras el resto de las plazas ofertadas lo será para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad.

<sup>634</sup> 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 MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J. (Coordinador): *El empleo público y las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 49.



## Discapacidad e igualdad de oportunidades: las medidas de acción positiva para el acceso al empleo de las personas con discapacidad

---

discapacidad, también puede existir desconocimiento del verdadero potencial productivo de estas personas cuando se llevan a cabo los oportunos ajustes para la adaptación al puesto de trabajo. De este modo, se señalaba muy acertadamente cómo la omisión de la realización de los ajustes razonables, y el simple desconocimiento de esta posibilidad, llega a constituir un freno a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo<sup>635</sup>. Por otra parte, también muy acertadamente, la EGD entendía que con el simple ejercicio de transposición de la Directiva 2000/78/CE, llevado a cabo por la Ley 62/2003, no se ha desarrollado suficientemente el ámbito de aplicación de las medidas propuestas, ni el contenido de la obligación de realizar ajustes razonables<sup>636</sup>. Finalmente, resulta especialmente interesante la propuesta de esta Estrategia de realizar un estudio sobre la posible incompatibilidad del contenido de los artículos 48.2 y 49.1.e) del TRLET en relación con la Directiva 2000/78/CE, al prever la suspensión o extinción del contrato de trabajo ante supuestos de discapacidad sobrevenida<sup>637</sup>.

La EED, por su parte, se limita a hacer referencia a los ajustes razonables como una condición para hacer efectivo el principio de accesibilidad universal, y los vincula con el principio de “imaginación y creatividad”, entendiendo que la complejidad e integralidad de factores que afectan a la discapacidad implica que sea necesario promover soluciones creativas e imaginativas basándose en el factor de que toda situación es susceptible de mejora o solución mediante la aplicación proactiva de este principio, para lo cual adicionalmente hay que

---

<sup>635</sup> La EGD proponía, como una de las medidas para mejorar la calidad del empleo y de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, en particular combatiendo activamente su discriminación en el mercado de trabajo (Objetivo 6), la regulación reglamentaria de los ajustes razonables a que se refiere la Ley 62/2003, en coherencia con la LIONDAU y sus normas de desarrollo, así como el nuevo diseño e incremento de las ayudas para la adaptación de puestos de trabajo y revisión de la normativa en vigor con el fin de simplificar los trámites de solicitud y concesión de dichas subvenciones. También se proponía el estudio de la posibilidad de ayudas para la adaptación de puestos en los casos de discapacidad sobrevenida y en los de cambio de puesto de trabajo en la empresa y de movilidad geográfica.

<sup>636</sup> Esta Estrategia señala que, “en todo caso, la adaptación de horarios, la posibilidad de alternar trabajo presencial y teletrabajo o la opción por un contrato a jornada parcial, deberían considerarse como parte de los ajustes razonables cuya utilización incrementaría el acceso y la calidad en el empleo de las personas con discapacidad”.

<sup>637</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 263.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

considerar la máxima participación de la sociedad en la identificación y elaboración de medidas.

Por último, la Estrategia Española de Empleo 2012-2014, aprobada por Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, al recoger las medidas para facilitar la inserción laboral de las personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo<sup>638</sup>, preveía la posibilidad de que las empresas tuvieran derecho, por cada persona trabajadora contratada, a la ayuda por adaptación y ajustes razonables del puesto de trabajo, dotación de equipos de protección o eliminación de barreras u obstáculos. Estas ayudas, actualmente contenidas en el Real Decreto 1451/1983, están destinadas a la contratación indefinida y a la contratación temporal de duración igual o superior a un año, y serán aplicables asimismo en los supuestos de discapacidad sobrevenida reconocida con posterioridad a la contratación, haciéndose extensiva también a los Centros Especiales de Empleo<sup>639</sup>.

---

<sup>638</sup> Que no llegarían a entrar en vigor, puesto que antes de que esto sucediera fueron suprimidas por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

<sup>639</sup> Se prevén, para estos Centros, incentivos por puesto de trabajo para financiar gastos ocasionados como consecuencia de la adaptación y ajustes razonables de puestos de trabajo, dotación de equipos de protección personal y para la eliminación de barreras arquitectónicas.

## **CAPÍTULO 4: LA ACCIÓN POSITIVA INDIRECTA O PROMOCIONAL DE LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA**

### **4.1 Los incentivos a la contratación laboral de las personas con discapacidad**

#### **4.1.1 Las técnicas y los mecanismos de incentivación de la contratación laboral**

Las políticas de empleo llevadas a cabo en España se han venido caracterizando cada vez más por una decidida asunción del papel regulador que el Estado debe tener en la configuración del mercado de trabajo, promoviendo un impulso de la contratación de trabajadores que presentan características no especialmente valoradas por una gran mayoría de los empleadores contratantes para, de este modo, intentar dar pleno cumplimiento a los principios constitucionales de igualdad material e igualdad formal y prevenir así las prácticas discriminatorias. La contratación laboral de las personas con discapacidad supone uno de los ámbitos más destacados desde el punto de vista de las medidas de acción positiva como mecanismos de corrección de las desigualdades y de las desventajas que padecen quienes desean acceder a un puesto de trabajo, o a mantener el que ya tienen, cuando presentan algún tipo de discapacidad, puesto que esta circunstancia ha constituido en todas las épocas y en todos los sistemas productivos un factor que ha desfavorecido la ocupabilidad y una dificultad añadida para el desarrollo de una actividad profesional en el mercado ordinario de trabajo. Como hemos visto en el primer capítulo de esta obra, el artículo 49 de la CE exige al legislador un amparo especial para el disfrute por parte de este colectivo de los derechos que la propia norma fundamental otorga a todos los ciudadanos, entre los que está el derecho al trabajo recogido en el artículo 35, en relación con la obligación de los poderes públicos a promover el pleno empleo establecida en el artículo 40.1 de la propia CE. No obstante, el TRLET, que ha

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

sido retocado abundantemente desde su aprobación hasta nuestros días<sup>640</sup>, peca de parquedad en la regulación de las peculiaridades de este colectivo en relación con el trabajo, quizá por entender que el marco adecuado para tales regulaciones sea una normativa específica, como de hecho así es hoy en día.

Desde la publicación de la LISMI hasta nuestros días el legislador, sensible a la especial dificultad que para las personas con discapacidad presenta la obtención de un empleo y su mantenimiento, ha venido estableciendo numerosos mecanismos de incentivación de la contratación laboral de personas con discapacidad; algunos de ellos han sido consecuencia de previsiones de la propia LISMI, hoy integradas en el TRLGD, y otros se han incluido en los distintos programas de fomento del empleo que se han venido sucediendo hasta la actualidad<sup>641</sup>. En este sentido, podríamos hacer una clasificación de las principales técnicas de incentivación de la contratación de personas con discapacidad, distinguiendo entre aquellas que intentan generar mejores condiciones para la contratación de trabajadores con discapacidad<sup>642</sup>, favoreciendo un mayor número de contrataciones y una situación más favorable para el mantenimiento del empleo de estos trabajadores, y aquellas otras que imponen de manera coercitiva esas contrataciones, estableciendo sanciones económicas a los empresarios que incumplan esas obligaciones contractuales<sup>643</sup>. Tales supuestos de acción positiva son los siguientes:

- a) Incentivación indirecta o promocional de la contratación laboral de trabajadores con discapacidad:

---

<sup>640</sup> La última de las numerosas e importantes reformas laborales que han afectado a este texto legal ha sido introducida por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, y por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

<sup>641</sup> PÉREZ PÉREZ, J.: «La inserción laboral de las personas con discapacidad», en AA.VV.: *La qualitat en l'ocupació*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Treball i Indústria, 2006, pág. 166.

<sup>642</sup> MORA GONZÁLEZ, V.: «Régimen jurídico del sistema español de empleo para personas con discapacidad», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad...*, op. cit., págs. 635 a 637.

<sup>643</sup> GIMÉNEZ GLUCK, D.: «La ausencia de límites constitucionales de las acciones positivas a favor de las personas con discapacidad», en CAMPOY CERVERA, I. (Coordinador): *Los derechos de las personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 116. El autor señala que la diferencia principal entre uno y otro tipo de medidas es que las primeras persiguen la consecución de un objetivo, no numérico, mientras que las segundas suponen la exigencia de un determinado porcentaje.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

- Contratación temporal de trabajadores con discapacidad en empresas del mercado ordinario de trabajo, regulada, entre otras normas, en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre.
  - Contratación indefinida de trabajadores con discapacidad en empresas del mercado ordinario de trabajo, regulada, entre otras normas, en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre.
  - Contratación de trabajadores con discapacidad en Centros Especiales de Empleo mediante una relación laboral de carácter especial, regulada en el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, con la finalidad de favorecer la ocupación de aquellos que no se han integrado en el mercado de trabajo ordinario.
  - Empleo con apoyo como medida de fomento de la ocupación de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, regulado en el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio.
- b) Incentivación indirecta o promocional del autoempleo de las personas con discapacidad.
- c) Incentivación directa, regulada en el artículo 42 del TRLGD y consistente en la imposición de la obligación de contratar trabajadores con discapacidad a las empresas con plantillas de 50 o más trabajadores, tipificando en el artículo 15.3 del TRLISOS como infracción grave el incumplimiento de tal obligación. Se trata de la denominada cuota de reserva del 2 por 100 en la contratación de trabajadores con discapacidad, o reserva de empleo.
- d) Incentivación directa, consistente en la reserva de plazas en las convocatorias de empleo público para las personas con discapacidad, y regulada en el artículo 59 del EBEP.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

- e) Incentivación de la recolocación en la empresa de trabajadores con discapacidad sobrevenida, que combina medidas de acción directa con medidas indirectas o promocionales.

Pero antes de entrar en el análisis de las distintas medidas promocionales de acción positiva que se derivan de estas técnicas incentivadoras de la contratación laboral de personas con discapacidad, que será el objeto principal de este capítulo, conviene hacer referencia a los mecanismos de incentivación que más comúnmente aparecen en la mayor parte de ellas, referidos normalmente a beneficiar económicamente, de modo directo o indirecto, al empresario contratante. Se trata, como hemos señalado en el capítulo anterior, de generar, mediante estas acciones indirectas, cambios en los comportamientos empresariales que permitan corregir las tendencias discriminatorias en la contratación de trabajadores con discapacidad y que favorezcan la verdadera igualdad de oportunidades para este colectivo. Hay que tener en cuenta, además, que en ocasiones estas medidas de incentivación de la contratación laboral de las personas con discapacidad se combinan con las destinadas a corregir otras discriminaciones de nuestro mercado de trabajo, como son las relacionadas con el sexo o la edad de los trabajadores<sup>644</sup>, debiendo contemplar además la necesidad de graduar la intensidad de la acción positiva dentro del colectivo de personas con discapacidad atendiendo a las distintas tipologías<sup>645</sup>. Como resulta evidente, a la vista de los resultados obtenidos después de muchos años de incentivación económica a la contratación de estos trabajadores, las reticencias

---

<sup>644</sup> IGLESIAS PADRÓN, M.: «Empleo y mujer con discapacidad», en CASADO MUÑOZ, R. y CIFUENTES GARCÍA, A. (Coordinadoras): *El acceso al empleo y a la universidad de las personas con discapacidad: barreras y alternativas*, Burgos, Universidad de Burgos, 2003, pág. 100. La autora señala que la mujer con discapacidad experimenta su discapacidad con relación a sus grupos minoritarios de referencia, que son los hombres con discapacidad y las mujeres sin discapacidad, de modo que sufre una doble discriminación que provoca la exclusión social, política y económica de las mujeres con discapacidad.

<sup>645</sup> LEZCANO BARBERO, F.: «Dificultades de acceso al empleo de las personas con enfermedad mental», en CASADO MUÑOZ, R. y CIFUENTES GARCÍA, A. (Coordinadoras): *El acceso al empleo y a la universidad...*, op. cit., págs. 297 a 300. El autor, en este caso, entiende que hay factores que contribuyen específicamente a dificultar el acceso al empleo de las personas con enfermedad mental, tales como los derivados de la propia enfermedad, los prejuicios sociales y los derivados del mercado laboral muy selectivo que provoca en ocasiones una gran presión sobre los trabajadores. Plantea la necesidad de mejorar la red de atención a estas personas y destinar recursos para su formación laboral, creando además servicios específicos de integración laboral de las mismas con el objetivo final de su inserción en las empresas normalizadas.

empresariales persisten<sup>646</sup>, de modo que estas medidas promocionales no han podido corregir de una manera satisfactoria las dificultades de las personas con discapacidad para acceder al empleo. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la regulación de estos mecanismos incentivadores se halla en una normativa excesivamente dispersa<sup>647</sup>, circunstancia que se agrava con la intervención en este ámbito de la normativa autonómica<sup>648</sup>.

#### **4.1.2 Análisis de los distintos mecanismos de incentivación de la contratación laboral**

Los principales mecanismos de incentivación económica utilizados por estas medidas indirectas de acción positiva suponen, generalmente, gasto público destinado a mejorar las condiciones de empleo de las personas con discapacidad<sup>649</sup>. No obstante, algunos de estos mecanismos generan, en realidad, un esfuerzo económico para los propios trabajadores, de modo que el beneficio económico obtenido por los empleadores se produce a costa de la pérdida de igual naturaleza sufrida por las personas con discapacidad contratadas<sup>650</sup>; en otros casos, el incentivo viene dado por la posibilidad de acceder a la contratación temporal con mayor facilidad o durante más tiempo, resultando nuevamente que la acción positiva tiene una contrapartida directa en la limitación de algún derecho del trabajador con discapacidad contratado<sup>651</sup>.

---

<sup>646</sup> LAHERA FORTEZA, J.: «Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados», en VALDÉS DAL-RE, F. (Director) y LAHERA FORTEZA, J. (Coordinador): *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, op. cit., págs. 93 a 94.

<sup>647</sup> LAHERA FORTEZA, J.: «Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados», en VALDÉS DAL-RE, F. (Director) y LAHERA FORTEZA, J. (Coordinador): *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 116.

<sup>648</sup> CARDONA RUBERT, M., LÓPEZ I MORA, F., SARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ, J.: «Las medidas de integración laboral de las personas con discapacidad en las Comunidades Autónomas», en ROMERO RÓDENAS, M.J. (coordinadora): *Trabajo y Protección Social del Discapacitado*, op. cit., págs. 265 a 292.

<sup>649</sup> Es el caso de las subvenciones, deducciones fiscales y bonificaciones y reducciones de cuotas de la Seguridad Social.

<sup>650</sup> Estas reducciones económicas para los trabajadores con discapacidad afectan, normalmente, a la cuantía del salario o a la de las indemnizaciones a que puedan tener derecho.

<sup>651</sup> En estos casos el sacrificio es más intangible, pero no menos cierto, al ampliarse las posibilidades de contratación temporal de estos trabajadores; sin duda, en estos supuestos la finalidad última es mejorar las expectativas de empleo, pero con renuncias a un valor incuestionable relacionado con el empleo, que es la estabilidad. Por otra parte, el sacrificio

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Lo cierto es que, a pesar de las dudas que puedan suscitar estas últimas técnicas desde la perspectiva de la acción positiva, el hecho es que su finalidad es situar a los trabajadores con discapacidad en una posición más ventajosa ante el empleo, aunque la circunstancia de que esa compensación venga acompañada de una menor remuneración al trabajador, o de una mayor precariedad en el empleo, podría hacer que la naturaleza de la acción en sí misma fuera discutida<sup>652</sup>. Parece, en todo caso, que la cuestión de si deben ser consideradas o no medidas de acción positiva debiera obtener una respuesta afirmativa, puesto que el efecto que se pretende con la medida, a pesar de las consecuencias negativas que en algunos aspectos pueda tener para el trabajador con discapacidad, es mejorar su posición ante el empleo respecto de la de los trabajadores que no presentan discapacidad, ya que una reducción de los costes de la contratación o una limitación *ab initio* de la duración del contrato serán, con toda probabilidad, aspectos que el empresario contratante valorará muy positivamente en la mayoría de los casos. Tratándose de derechos indisponibles para los trabajadores, quienes no presentan discapacidad no pueden compensar esta “ventaja” renunciando a una parte de la retribución a la que legal o convencionalmente tienen derecho o al carácter indefinido de la contratación cuando no proceda una modalidad contractual temporal, ya sea causal o formativa. Por tanto, la medida pretende compensar la desventaja inicial y no puede ser compensada por el colectivo al que no va dirigida, lo que permite considerarla parte de la acción positiva en la contratación de trabajadores con discapacidad.

Sea como fuere, estas medidas recurrirán a alguno de los mecanismos incentivadores de la contratación laboral que veremos a continuación. Se trata de distintos supuestos de incentivación en los que se pretende que el empresario

---

económico puede venir indirectamente, a través, por ejemplo, de una mayor dificultad para acceder al crédito derivada de la inestabilidad que transmite la contratación temporal.

<sup>652</sup> No obstante, en la definición de acción positiva de nuestra normativa interna y en la de las normas internacionales, el concepto no se condiciona al hecho de que las medidas puedan suponer algún tipo de sacrificio económico o de otro tipo para el trabajador con discapacidad. Recordemos que el artículo 8.1 de la LIONDAU las define 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”; no hay referencia alguna a que esos apoyos deban tener un resultado neutro sobre sus destinatarios.



reciba un beneficio económico que se deriva inmediata o diferidamente de la contratación de un trabajador con discapacidad.

#### **A) Mecanismos de incentivación económica inmediata: las subvenciones**

Las subvenciones son, como hemos señalado, un mecanismo incentivador consistente en la entrega de una cantidad económica, normalmente a tanto alzado, a una empresa cuando ésta cumple determinados requisitos en la contratación de trabajadores con discapacidad. Con carácter general, están reguladas en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, cuyo artículo 2 contiene el siguiente concepto legal: “se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas”. En todo caso, esa entrega no debe exigir contraprestación a los beneficiarios y ha de estar sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, o bien a la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o a la concurrencia de una situación. Finalmente, la Ley 38/2003 exige que el proyecto, la acción, conducta o situación financiados tengan por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

En la normativa reguladora del trabajo de las personas con discapacidad, como veremos a lo largo de este capítulo, ha sido frecuente el recurso a las subvenciones<sup>653</sup>, si bien se trata de un mecanismo incentivador que, con carácter general, ha perdido protagonismo en el ámbito del empleo muy especialmente desde que la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora y el crecimiento del empleo, generalizara el uso de las bonificaciones y reducciones de las cuotas de la Seguridad Social en la incentivación de la contratación laboral de ciertos colectivos, entre el que está el de las personas con discapacidad. Anteriormente, la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes de fomento del empleo y protección por desempleo, contenía un buen número de subvenciones a la

---

<sup>653</sup> Este mecanismo incentivador de la contratación laboral de personas con discapacidad se mantiene en el 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 con discapacidad.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

contratación indefinida de trabajadores menores de 25 años, mayores de 45 años, mujeres en profesiones u oficios en que el colectivo femenino se hallaba subrepresentado, y a las transformaciones de ciertos contratos temporales. Esta Ley 22/1992 fue derogada<sup>654</sup> por el Real Decreto Ley 9/1997, de 16 de mayo, y desde entonces las subvenciones como medida de fomento del empleo únicamente se han mantenido respecto del colectivo de personas con discapacidad, siendo sustituidas en los restantes casos por las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social.

Sobre este efecto de sustitución hay que señalar que, si bien es cierto que las bonificaciones son un mecanismo más ágil que las subvenciones, estas últimas exigen un procedimiento previo a su concesión que supone un control sobre los requisitos de los beneficiarios difícilmente aplicable a priori en el caso de las bonificaciones. De hecho se ha apreciado, desde que el número de bonificaciones y reducciones se ha incrementado, y el de subvenciones ha descendido, un incremento notable de los supuestos de aplicación indebida de tales bonificaciones, tal como se desprende de las actuaciones inspectoras programadas en esta materia<sup>655</sup>, puesto que el empresario beneficiario puede aplicar las bonificaciones y reducciones de cuotas, en muchos casos, sin que a la Administración le conste el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos<sup>656</sup>. También a favor de las subvenciones se puede señalar que se trata de un incentivo económico más fácilmente perceptible por parte del destinatario, ya que suponen el ingreso efectivo de una cantidad dineraria, y no un descuento

---

<sup>654</sup> Salvo su Disposición Adicional Segunda, irrelevante en el ámbito que estamos tratando.

<sup>655</sup> En el Plan Integrado de Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para 2013 (Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social) se dice genéricamente que se “pretende disminuir el uso indebido de bonificaciones y subvenciones al empleo”, y de manera expresa, que se tratará de “combatir los supuestos de aplicación y obtención indebidas de bonificaciones o reducciones de cotizaciones empresariales a la Seguridad Social y de otros incentivos relativos a las políticas de empleo”. En este sentido, en el mencionado Plan se prevé realizar un total de 2.137 órdenes de servicio en materia de bonificaciones de contratos. Ese objetivo fue, en 2012, de 1.544 órdenes de servicio.

<sup>656</sup> Hay requisitos, como por ejemplo el de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones en materia de cotización a la Seguridad Social, cuyo control por parte de la Administración con carácter previo al inicio de la aplicación de las bonificaciones por parte del empresario resulta sencillo. Otros, por el contrario, resulta prácticamente imposible valorarlos en ese momento inicial, puesto que la Administración carece de los mecanismos automáticos de verificación necesarios. Así sucede, por ejemplo, en los supuestos de despidos declarados o reconocidos improcedentes con anterioridad a la contratación que se pretende bonificar.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

en la obligación empresarial de cotizar a la Seguridad Social, si bien esta última técnica cuenta con una inmediatez de la que carece la anterior. Se analizarán en detalle las subvenciones a la contratación de trabajadores con discapacidad dentro de este mismo capítulo.

### **B) Mecanismos de incentivación económica relacionados con las cuotas de la seguridad social**

Para conseguir este efecto de minoración de las cuotas de Seguridad Social, el legislador se sirve de diferentes mecanismos. Los más comunes son los siguientes:

- Bonificaciones y reducciones en las cuotas de la Seguridad Social: como también tendremos ocasión de analizar en detalle más adelante, se trata sin duda alguna de la técnica de incentivación indirecta más extendida en el ámbito de la contratación laboral de las personas con discapacidad. En este caso, a diferencia de lo que ocurre con las subvenciones, carecemos de una norma general que defina con precisión los conceptos de bonificación y reducción y establezca sus características generales<sup>657</sup>. Conviene comenzar señalando que la utilización de los dos términos, bonificación y reducción, provoca no pocos problemas en la aplicación de muchas normas<sup>658</sup>, puesto que no existe una configuración genérica de la

---

<sup>657</sup> La única referencia que aparece en el articulado del TRLGSS a las bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social se halla en el artículo 31, referida a las previstas reglamentariamente para la financiación de las acciones formativas del subsistema de formación profesional para el empleo, y no para definir las o caracterizarlas, sino para establecer que, en caso de que resulten indebidas, procederá reclamar su importe por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mediante la extensión de la correspondiente Acta de Liquidación de cuotas.

<sup>658</sup> Así sucede, por ejemplo, con el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, cuya Disposición Transitoria sexta declara inaplicables, a partir de agosto de 2012, todas las “bonificaciones por contratación, mantenimiento del empleo o fomento del autoempleo, en las cuotas a la Seguridad Social y, en su caso, cuotas de recaudación conjunta, que se estén aplicando a la entrada en vigor de este Real Decreto Ley, en virtud de cualquier norma, en vigor o derogada, en que hubieran sido establecidas”, salvo las que expresamente declara vigentes la propia Disposición Transitoria sexta. Se plantea la duda de si el legislador está utilizando el término “bonificaciones” en sentido estricto, lo que conduciría a sostener que se mantienen vigentes todas las reducciones de cuotas existentes en el momento de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012, o si bien se quiere

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

distinción entre una y otra, si bien con carácter general las bonificaciones se financian con cargo al presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal, mientras que las reducciones de las cuotas lo hacen con cargo al de la Seguridad Social.

Hecha la matización terminológica, lo cierto es que en la actualidad las bonificaciones y reducciones de cuotas de la Seguridad Social son utilizadas de manera masiva como mecanismo incentivador de la contratación laboral de personas con discapacidad. Baste señalar que encontramos esta técnica incentivadora en la práctica totalidad de modalidades contractuales vigentes aplicables a este colectivo, ya sean indefinidas o temporales, a jornada completa o a tiempo parcial, si bien los estímulos económicos establecidos para la contratación indefinida a jornada completa son superiores a los del resto de casos, lo cual es lógico atendiendo a un criterio de proporcionalidad entre la intensidad de la acción positiva y el resultado que se pretende obtener con la misma<sup>659</sup>.

Sobre la técnica en sí, el resultado económico favorable para el empresario beneficiario de una bonificación/reducción en las cuotas de la Seguridad Social se puede obtener básicamente por alguna de estas dos vías: o bien aplicando un porcentaje sobre toda o parte de la cuota empresarial para obtener el importe de la bonificación/reducción de la que disfrutará el empresario, o bien estableciendo un importe anual o mensual de dicha bonificación o reducción, que se deducirá del importe total o parcial de la cuota empresarial. Actualmente son mucho más frecuentes las bonificaciones y reducciones de este último tipo, si bien las de

---

hacer referencia a la totalidad de descuentos que las empresas venían aplicando en las cuotas de la Seguridad Social, cualquiera que fuese su denominación. A favor de la primera interpretación está la propia literalidad de la norma, si bien no tiene mucho sentido que se supriman unos incentivos –las bonificaciones- y se mantengan otros –las reducciones- atendiendo al criterio del presupuesto al que se imputan.

<sup>659</sup> DE LA VILLA GIL, L.: «Las personas con discapacidad ante el Derecho del Trabajo», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad...*, op. cit., págs. 603 a 604.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

carácter porcentual han sido muy utilizadas en épocas anteriores<sup>660</sup>. Hay que señalar que, si bien las bonificaciones con importes económicos fijos son mucho más visibles para los destinatarios de las mismas, ya que no requieren de fórmula alguna para su cuantificación, presentan un inconveniente que no parece compensar tal virtud. Nos referimos al hecho de que, a diferencia de las bonificaciones porcentuales, no tienen relación alguna con las bases de cotización de los trabajadores cuyas contrataciones generan el derecho al descuento en las cuotas empresariales y, consecuentemente, resultan económicamente más rentables cuanto menor es la base de cotización o, lo que a estos efectos es lo mismo, el salario del trabajador que genera el derecho a su aplicación<sup>661</sup>.

En todo caso, es destacable que en momentos de retracción en el uso de esta técnica incentivadora de la contratación laboral de ciertos colectivos, el de las personas con discapacidad no se haya visto afectado por el importante recorte en los supuestos y en las cuantías de las bonificaciones provocado por la entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, ya que su Disposición Transitoria Sexta<sup>662</sup> mantiene vigentes la práctica totalidad de las bonificaciones existentes para favorecer la contratación laboral de las personas con discapacidad<sup>663</sup>. Sin duda, la reducción de los

---

<sup>660</sup> Fueron el Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora y el crecimiento del empleo, las normas que generalizaron la utilización de bonificaciones en las cuotas con importes mensuales fijos y, por tanto, independientes de las bases de cotización de los trabajadores cuyas contrataciones generaban el derecho.

<sup>661</sup> Esta circunstancia desincentiva, por ejemplo, los incrementos salariales de los trabajadores con discapacidad, puesto que, a diferencia de lo que ocurre con las bonificaciones porcentuales, el empresario no obtiene ningún beneficio adicional en su carga de Seguridad Social con tales incrementos. Por otra parte, puede constituir un factor selectivo en la contratación de trabajadores con discapacidad, al no existir relación entre salarios e importe de las bonificaciones. Hay que tener en cuenta que en 2010 las personas con discapacidad tenían, de promedio, un salario anual bruto de 20.553,30 euros, un 10% inferior al de las personas que no tienen discapacidad (INE: «El salario de las personas con discapacidad 2010 pág. 7).

<sup>662</sup> En la redacción dada a la misma por la Ley 13/2012, de de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

<sup>663</sup> Concretamente, en relación con las bonificaciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad, se declaran vigentes las recogidas en las siguientes normas: Real Decreto-Ley

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

colectivos que generan contratación laboral bonificada puede favorecer la de las personas con discapacidad, pero este eventual efecto benéfico se ha visto drásticamente eliminado con la publicación del Real Decreto Ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida, que introduce importantísimas bonificaciones en las cuotas empresariales por contingencias comunes de la Seguridad Social en el caso de contrataciones indefinidas de trabajadores en las condiciones establecidas en la propia norma, pero sin necesidad de que esos trabajadores pertenezcan a algún colectivo con especiales dificultades para el acceso al empleo. Esta generalización de las reducciones de cuotas sin diferenciar entre personas con mayor o menor dificultad para acceder al empleo resulta, en realidad, un paliativo del efecto positivo de la incentivación económica de la contratación de trabajadores con discapacidad<sup>664</sup>, y

---

3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; apartados 2, 3, 4, 4 bis, 5 y 6 del artículo 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; Real Decreto-ley 18/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de trabajo celebrados con personas con discapacidad por la ONCE y se establecen medidas de Seguridad Social para las personas trabajadoras afectadas por la crisis de la bacteria "E.coli"; Disposición adicional novena de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad; Disposición adicional undécima de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad; artículo 16.3.a) de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación de las empresas de inserción; 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 y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad; letra d) del apartado Tres.2 de la disposición adicional sexta de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación; artículo 4.B).1 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 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 con discapacidad en centros especiales de empleo y trabajo autónomo; artículo 12.1.b) 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; y los apartados 2, 3 y 4 del artículo 2 del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y el empleo.

<sup>664</sup> La reducción que establece el Real Decreto Ley 3/2014 es la resultante de deducir de la cuota empresarial por contingencias comunes un importe del que resulte una cuota de 100,00 euros, si se trata de un contrato de trabajo a jornada completa. Esto significa que, en el caso de que el trabajador contratado tenga una retribución de la que resulte la base máxima de cotización vigente en 2014 -3.597,00 euros- resultaría una cuota mensual de 848,89 euros, por lo que la reducción generada a la empresa sería de 748,89 euros mensuales, ya que aplicará la "tarifa plana" de

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

cuestiona el valor de esta medida de acción positiva en términos de empleo de este colectivo.

Sobre el efecto que estas medidas producen en el empleo, el entonces denominado Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales publicó en 2007 un Estudio cuantitativo del Impacto de las bonificaciones sobre el empleo<sup>665</sup>, que incorpora cinco estudios diferentes que se centran en los contratos con bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y que permiten vislumbrar algunos de los efectos de una política que tiende a promocionarlos<sup>666</sup>. Por lo que se refiere a la evolución de la contratación bonificada, se analiza en este trabajo el periodo 2001-2005 para destacar que la presencia de contratación bonificada no ha modificado apenas la distribución interna por colectivos de la contratación, si bien es cierto que aparece cierta sustitución entre los contratados bonificados orientados a la conversión de contratos temporales en perjuicio de los asociados al fomento de empleo<sup>667</sup>. Destacan también los

---

100,00 euros. Ello supone que en año esta empresa habrá disfrutado, por esa contratación, de una reducción de 8.986,68 euros, importe muy superior al de las bonificaciones por contratación indefinida de trabajadores con discapacidad reguladas en la Ley 43/2006, cuyo importe máximo, en el caso de personas con discapacidades severas mayores de 45 años, es de 6.300 euros anuales. Aun en casos en los que la retribución del trabajador no alcance la base máxima, es apreciable esta incomprensible mayor incentivación que introduce el Real Decreto Ley 3/2014, máxime si consideramos que puede responder a trabajadores con alta ocupabilidad, por lo que claramente se aprecia que en ocasiones como esta la técnica de la incentivación económica sobre las cuotas de la Seguridad Social no responde en absoluto a la práctica de medidas de acción positiva, sino a un mero impulso del número de contrataciones, sean cuales fueren los trabajadores afectados.

<sup>665</sup> Dicho estudio fue elaborado por Jesús CLEMENTE LOPÉZ (Investigador Principal): Economic Strategies and Initiatives, S.L. (ESI S.L.). Este proyecto fue financiado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Subvenciones para el Fomento de la Investigación Social FIPROS 2006/57 según lo previsto en la Orden TAS 1587/2006) y fue publicado electrónicamente por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/100611.pdf>. En la publicación se indica expresamente que La Seguridad Social no se identifica con el contenido y/o conclusiones de esta investigación, cuya total responsabilidad corresponde a sus autores.

<sup>666</sup> Los autores destacan que el colectivo de los trabajadores con discapacidad es uno de los prioritarios de esa política.

<sup>667</sup> Curiosamente, en el estudio se destaca, además, en materia de estructura salarial, que se aprecia un estado intermedio entre contratados temporales y fijos no bonificados, que son los fijos bonificados, cuya estructura salarial se encuentra a medio camino de las anteriores. En este sentido, conviene recordar la valoración realizada anteriormente sobre el negativo impacto que

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

autores del estudio, en relación con el mantenimiento del empleo, que los trabajadores con contrato bonificado muestran una mayor tasa de supervivencia en el primer año de contrato, es decir, que su probabilidad de continuar empleados en la misma empresa es superior a la de los trabajadores que firmaron un contrato no bonificado, pero para el segundo año la función de supervivencia de los contratos bonificados es inferior a la de los no bonificados, anulando totalmente el efecto del primer periodo, con lo que el efecto acumulado pasa a ser negativo<sup>668</sup>.

Veremos más ampliamente estas técnicas dentro de este mismo capítulo.

- Tipos de cotización diversificados: esta técnica permite aplicar una menor carga económica a determinadas contrataciones. Así sucede actualmente con la cotización para la contingencia de Desempleo, que presenta tres posibles situaciones con tres tipos de cotización diferentes<sup>669</sup> y que, como veremos más adelante, supone que todos los contratos de trabajo celebrados con trabajadores con discapacidad, ya sean de naturaleza temporal o indefinida, y se

---

sobre los salarios de los trabajadores con contratos bonificados puedan tener las bonificaciones fijas y no porcentuales.

<sup>668</sup> Con toda probabilidad, este dato está directamente relacionado con la temporalidad de las medidas incentivadoras, a pesar de que en el caso de los trabajadores con discapacidad las bonificaciones suelen ser indefinidas, por lo que este efecto negativo en el mantenimiento del empleo queda completamente paliado. De hecho, bien podríamos decir que el carácter no temporal de las bonificaciones para este colectivo es, en la práctica, un mecanismo de supervivencia de sus contratos de trabajo; así lo confirman los datos del Estudio cuantitativo del Impacto de las bonificaciones sobre el empleo al que nos venimos refiriendo.

<sup>669</sup> Artículo 32 de la Orden ESS/106/2014, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. En este año 2014, en realidad, hay únicamente dos tipos de cotización diferentes a la contingencia de desempleo, puesto que se han unificado el de la contratación temporal a jornada completa y el de esa misma contratación a tiempo parcial.



## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

hayan celebrado a jornada completa o a tiempo parcial, se benefician del tipo de cotización por desempleo más bajo<sup>670</sup>.

- Existen, además, modalidades contractuales de las que se deriva la posibilidad de establecer para los trabajadores contratados salarios más bajos que los previstos con carácter general. Sirva como ejemplo el contrato de trabajo en prácticas, regulado en el artículo 11.1 del TRLET, cuyo apartado e) establece que la retribución del trabajador será la fijada en convenio colectivo para los trabajadores en prácticas, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al 60 o al 75 por 100 durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo. Considerando la relación directa que la base de cotización tiene con la remuneración del trabajador<sup>671</sup>, lo cierto es que esa limitación salarial prevista en la norma laboral provocará, además, una reducción del importe de las cuotas de la Seguridad Social. Si tenemos en cuenta que, a tenor de lo dispuesto en el citado artículo 11.1 del TRLET, el contrato de trabajo en prácticas podrá concertarse con quienes estuvieren en posesión de las titulaciones allí señaladas, que habiliten para el ejercicio profesional, dentro de los cinco años, o de siete años cuando el contrato se concierte con un trabajador con discapacidad, siguientes a la terminación de los correspondientes estudios, podemos afirmar que también en este caso se aprecia un mecanismo incentivador indirecto de tipo económico en la contratación en prácticas de los trabajadores con discapacidad. En este sentido, al ampliar a siete años el periodo de

---

<sup>670</sup> Además, en este caso el incentivo no está vinculado a requisitos específicos de ningún tipo, a diferencia de lo que ocurre con las bonificaciones y reducciones en las cuotas. Por otra parte, también en el caso de la reducción de los tipos por desempleo, además del empresario contratante, también se beneficia el trabajador con discapacidad contratado, algo que no sucede generalmente con las bonificaciones y reducciones de cuotas.

<sup>671</sup> Artículo 109.2 del TRLGSS y artículo 23.1 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

celebración del contrato, será mayor el número de trabajadores con discapacidad que puedan ser contratados en prácticas con la reducción salarial prevista para este contrato, lo que, en definitiva, redundará en una menor cotización<sup>672</sup>.

### C) Deducciones fiscales

Se trata de un incentivo económico consistente en una minoración de la cuota impositiva de determinados impuestos. En el caso del fomento del empleo de las personas con discapacidad, esta técnica comenzó a emplearse con la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de Estado para 1992, cuyo artículo 72 modificó el artículo 26.5 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades<sup>673</sup>, para introducir una deducción en este impuesto de 700.000 pesetas por cada persona/año de incremento del promedio de la plantilla de trabajadores con discapacidad contratados, de acuerdo con que disponía el artículo 39 de la LISMI<sup>674</sup>, por tiempo indefinido.

Posteriormente, el Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, introdujo una deducción en ese mismo impuesto de 1.000.000 de pesetas por cada trabajador mayor de 45 años o con discapacidad contratado por tiempo indefinido que generara un incremento de plantilla sostenido durante al menos dos años<sup>675</sup>. Actualmente, el artículo 41 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 15 de marzo,

---

<sup>672</sup> También en este caso la reducción del importe de las cuotas de la Seguridad Social afectará tanto al empresario contratante como al trabajador con discapacidad contratado, si bien es cierto que este último realiza el esfuerzo económico, nada desdeñable, de ver reducido de manera considerable el importe de su remuneración. El empresario, por el contrario, recibe un doble beneficio, al deber abonar un menor salario y acceder a una cuota de Seguridad Social menor.

<sup>673</sup> Esta Ley fue derogada por la Ley 43/1995, de 27 de diciembre (BOE de 28 de diciembre), del Impuesto sobre Sociedades, que a su vez ha sido derogada y sustituida por el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (BOE de 11 de marzo).

<sup>674</sup> Este precepto establecía que correspondía al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a través de las Oficinas del Servicio Público de Empleo, la colocación de las personas con discapacidad que finalizaran su recuperación profesional cuando ésta sea precisa.

<sup>675</sup> Similares previsiones, con diferentes cuantías de deducción fiscal, se repetirían en otros periodos impositivos, al amparo de lo dispuesto en los artículos 36.bis de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, y 4.11.2º de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, en la Disposición Final Segunda.5 de la Ley 40/1998, de 30 de diciembre, y en el artículo 47 de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

establece que será deducible de la cuota íntegra de este impuesto<sup>676</sup> la cantidad de 6.000 euros por cada persona/año de incremento del promedio de la plantilla de trabajadores con discapacidad contratados por tiempo indefinido, experimentado durante el período impositivo, respecto a la plantilla media de trabajadores con discapacidad con contrato indefinido del período inmediatamente anterior. La norma plantea la duda de si el trabajador contratado, para generar los derechos descritos, debe tener la condición de desempleado e inscrito como demandante de empleo; al citarse en la norma fiscal, a estos efectos, el artículo 39 de la LISMI, hoy derogada, y aun sin que este precepto hubiera tenido el desarrollo reglamentario requerido, parecía razonable esta exigencia<sup>677</sup>. No parece sostenible esta postura tras la entrada en vigor del TRLGD, en el que no se contiene una previsión análoga a la de la LISMI.

No se trata, en el caso de las deducciones fiscales, de una técnica incentivadora tan extendida como la de las bonificaciones o reducciones de cuotas de la Seguridad Social, si bien en los últimos tiempos parece haber recuperado cierto protagonismo. En general, se ha presentado como un complemento de las mencionadas bonificaciones y reducciones, pretendiendo de este modo reforzar el atractivo económico de la contratación de trabajadores con discapacidad.

En todo caso, hay que señalar que, considerando que la Seguridad Social tiene una caja única, cuyo titular es la Tesorería General de la Seguridad Social<sup>678</sup>, y que es distinta de la del Estado, lo cierto es que aun cuando el efecto que se consigue con las bonificaciones/reducciones y el conseguido con las deducciones fiscales es muy similar, el esfuerzo económico no recae sobre el mismo presupuesto en todos los casos. Por otra parte, mientras que las bonificaciones y reducciones de las cuotas de la Seguridad Social tienen carácter universal respecto de los empresarios beneficiarios, en el sentido de que no distinguen formas jurídicas, en el caso de las deducciones fiscales la medida es mucho más

---

<sup>676</sup> El artículo 68.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, extiende esta posibilidad también al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuando el empleador tenga tal condición.

<sup>677</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I.: *La protección de las personas con discapacidad en el derecho de la seguridad social y en el derecho tributario*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 283.

<sup>678</sup> Artículo 18.1 del TRLGSS.

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

selectiva, puesto que únicamente podrán disfrutar de la deducción y, consecuentemente, del beneficio económico, aquellos empresarios que resulten sujetos pasivos del impuesto sobre cuya cuota se aplica la deducción, y siempre que dicha cuota sea de un importe tal que permita esa aplicación.

Para finalizar esta referencia a las deducciones fiscales hay que señalar que, a diferencia de lo que ocurre con las subvenciones y las bonificaciones y reducciones de cuotas de Seguridad Social, en el ámbito fiscal existen, además de los señalados incentivos económicos para el empleador que contrata personas con discapacidad, otras medidas de acción positiva dirigidas directamente al trabajador con discapacidad. En este sentido, la normativa reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas prevé diversos incentivos económicos para la integración en la sociedad en un plano de igualdad de las personas con discapacidad, que se plasman, por ejemplo, en exenciones fiscales de las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, y en incrementos de los mínimos personal y familiar y de las reducciones por aportaciones a planes de pensiones<sup>679</sup>.

### **D) Reducciones en las cuantías de las indemnizaciones por extinción contractual**

En este caso, se trata de un mecanismo de incentivación económica diferida en el que el doble efecto de la técnica incentivadora, compensando al trabajador el beneficio obtenido por el empresario, es muy evidente. Así, para el empresario contratante supone un menor coste diferido de la contratación de personas con discapacidad relacionado con el importe de las indemnizaciones correspondientes a determinados supuestos de extinción contractual. Sin embargo, y como es obvio, ese menor coste del derecho indemnizatorio del trabajador supone para éste un esfuerzo económico y, en definitiva, un trato desfavorable desde el punto de vista económico en relación a los trabajadores que no tienen discapacidad. En este sentido, se puede afirmar que en realidad no hay una compensación de la

---

<sup>679</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., FIGUERUELO BURRIEZA, A., NUÑO GÓMEZ, L. (Directores) y CANCIO ÁLVAREZ, M. (Coordinadora): *Estudios Interdisciplinares sobre Igualdad*, op. cit., págs. 608 a 612.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

desventaja del trabajador con discapacidad, sino una reducción de sus derechos indemnizatorios como instrumento que haga más atractiva su contratación. En todo caso, y en la línea que ya hemos apuntado anteriormente, si tenemos en cuenta el carácter irrenunciable de estos derechos y el valor de norma mínima de su regulación en el vigente TRLET, cabe considerar que, al no resultar posible para los trabajadores que no tienen discapacidad aceptar esos menores costes de las indemnizaciones por extinción de contrato, por ser un mínimo de derecho necesario<sup>680</sup>, quienes sí tienen discapacidad mejoran sus expectativas de contratación laboral. Bien es cierto que, en este caso, la mejora se produce a cambio de una evidente pérdida económica por parte de estos últimos.

Sea como fuere, lo cierto es que esta técnica aparece en nuestro Derecho tras la publicación del Real Decreto Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, que tras la tramitación parlamentaria daría como resultado la Ley 63/1997, de 26 de diciembre. En la misma se introduce una modalidad contractual denominada “Contrato de fomento de la contratación indefinida”, que supone la modificación del régimen de la extinción contractual por causas objetivas regulada en el artículo 52.c) del TRLET, que regula la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Pues bien, este nuevo contrato para el fomento de la contratación indefinida tiene como principal característica que, en el caso de que una extinción contractual llevada a cabo al amparo del mencionado artículo 52.c) resultara improcedente, la indemnización a la que tendría derecho el trabajador sería de 33 días de salario por año de servicio, con un máximo de 24 mensualidades, en lugar de la establecida con carácter general para estos supuestos en el artículo 56 del mismo TRLET, que en aquellos momentos era de 45 días de salario por año de servicio, con un máximo de 42 mensualidades.

En definitiva, los trabajadores contratados al amparo de esta nueva modalidad veían reducida su expectativa de derecho indemnizatorio respecto de aquellos

---

<sup>680</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.: «Las indemnizaciones en los despidos colectivos», Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Iustel, número 22, 2010, pág. 5.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

otros que tenían una modalidad contractual distinta. En el ámbito subjetivo de este nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida se hallaban, entre otros<sup>681</sup>, los trabajadores con discapacidad. Este ámbito subjetivo fue variando en ulteriores reformas del régimen jurídico de esta modalidad contractual<sup>682</sup>, pero en todas ellas se mantuvo en el mismo a las personas con discapacidad.

No obstante, en la actualidad el legislador ha abandonado esta medida incentivadora, después de que el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, derogara la Disposición Adicional Primera de la Ley 12/2001, que había mantenido vigente el contrato de fomento de la contratación indefinida a la vista de sus efectos positivos al servicio de la política de empleo durante los primeros años de su vigencia<sup>683</sup>. Pero esta derogación no supone para los trabajadores con discapacidad la recuperación de los parámetros de cálculo de las indemnizaciones previstos anteriormente para los restantes trabajadores, sino que son estos últimos los que han visto rebajado este derecho hasta equipararlo con las previsiones de la derogada Disposición de

---

<sup>681</sup> Inicialmente, los colectivos afectados por esta nueva modalidad contractual eran los siguientes: Trabajadores desempleados desde 18 hasta 29 años de edad ambos inclusive; Trabajadores parados que lleven, al menos un año inscritos como demandantes de empleo; Trabajadores mayores de 45 años; Trabajadores con discapacidad; Trabajadores que, en la fecha de celebración del nuevo contrato, estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los de aprendizaje, para la formación o en prácticas existentes el 17 de mayo de 1997 o que se suscriban dentro del año siguiente (transcurrido dicho plazo, la conversión de estos contratos en el contrato para el fomento de la contratación indefinida se debía articular a través de la negociación colectiva).

<sup>682</sup> Este contrato de fomento de la contratación indefinida se consolidó al incorporarse en la Disposición Adicional Primera de la Ley 12/2001, de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. El ámbito subjetivo de esta modalidad contractual se fue ampliando notablemente en sucesivas reformas, hasta el punto de que, tras la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo se incluía, además de a los colectivos inicialmente recogidos en la Ley 63/1997, a los siguientes: mujeres desempleadas cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino; mujeres en los dos años inmediatamente posteriores a la fecha del parto o de la adopción o acogimiento de menores; mujeres desempleadas que se reincorporen al mercado de trabajo tras un período de inactividad laboral de cinco años; mujeres desempleadas víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos; parados que lleven, al menos, un mes inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo; desempleados que, durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, hubieran estado contratados exclusivamente mediante contratos de carácter temporal, incluidos los contratos formativos; y desempleados a quienes, durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, se les hubiera extinguido un contrato de carácter indefinido en una empresa diferente.

<sup>683</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.: «La versión 2001 de la reforma laboral permanente», en GARCÍA-PERROTE, I. (Coordinador): *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el año 2002*, Valladolid, Lex Nova, 2002, págs. 50 a 51.

la Ley 12/2001. En efecto, el mencionado Real Decreto Ley 3/2012, en su artículo 18.siete, da nueva redacción al artículo 56.1 del TRLET, de modo que, con carácter general, las indemnizaciones por extinciones contractuales –objetivas o disciplinarias- improcedentes será de 33 días de salario por año de servicio, con un máximo de 24 mensualidades. De algún modo, podemos decir que la derogación del contrato de fomento de la contratación indefinida no ha sido consecuencia de que el legislador haya decidido abandonar esta medida de acción positiva para la contratación de trabajadores con discapacidad, sino de que, al rebajar con carácter general el importe de las indemnizaciones por despido improcedente, se ha quedado sin margen para mantenerla<sup>684</sup>.

### **E) Reducciones en el salario**

En determinados supuestos, como mecanismo de incentivación económica inmediata, el legislador ha rebajado algunos de los límites de los mínimos de derecho necesario, relacionados con la remuneración de los trabajadores<sup>685</sup>, cuando la contratación afecta a personas con discapacidad. Al igual que sucede con las reducciones del importe de las indemnizaciones que hemos visto anteriormente, en este caso se pretende favorecer la contratación de trabajadores con discapacidad al resultar menos gravosa económicamente para el empresario, pero este atractivo económico tiene una consecuencia proporcional en el sacrificio económico que debe realizar el trabajador con discapacidad.

Sea como fuere, existen modalidades contractuales en las que el trabajador contratado percibe una remuneración inferior a la establecida con carácter general, normativa o convencionalmente, para el puesto de trabajo que ocupa. Así sucede, como hemos tenido ocasión de ver anteriormente dentro de este mismo

---

<sup>684</sup> Quizá fuera más prudente decir que se ha reducido el margen, aunque lo cierto es que si en el futuro se planteara una medida similar a la del derogado contrato de fomento de la contratación indefinida, la reducción de las indemnizaciones podría provocar que para los colectivos afectados se aproximaran más a las de los contratos temporales que a las de los indefinidos.

<sup>685</sup> SALA FRANCO, T.: «Los principios de imperatividad legal, de norma mínima y de norma más favorable», en DE LA VILLA GIL, L. y LÓPEZ CUMBRE, L. (Directores): *Los principios del Derecho del Trabajo*, Madrid, CEF, 2003, págs. 127 y sig. El autor señala que existen mínimos de derecho necesario relativos, mejorables por pacto entre empresario y trabajador, y principios de derecho necesario absoluto, que no admiten pacto alguno. Los primeros, entre los que se encuentra el salario mínimo que tiene derecho a percibir el trabajador legal o convencionalmente, son los más frecuentes.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

apartado, con el contrato de trabajo en prácticas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.1.e) del TRLET<sup>686</sup>. Así pues, el mínimo de derecho necesario, referido al contenido normativo del convenio colectivo aplicable, se rebaja en este caso entre un 25 y un 40% en estos contratos, que pueden ser celebrados con quienes tuvieran alguna de las titulaciones recogidas en el propio artículo 11.1<sup>687</sup>, y de acuerdo con las reglas que el mismo establece, dentro de los cinco años, o de siete años cuando el contrato se concierte con un trabajador con discapacidad, siguientes a la terminación de los correspondientes estudios. Por lo tanto, y como ya hemos visto anteriormente, se amplían las posibilidades de contratación de trabajadores con discapacidad bajo esta modalidad contractual, al ampliarse el plazo de celebración del contrato desde el momento en que finalizaron los estudios.

Por otra parte, hay supuestos específicos de contratación, tanto en el empleo ordinario como en el protegido, en los que la norma prevé una reducción salarial para los trabajadores con discapacidad, siempre que se den determinadas circunstancias. Así, en el artículo 12.c del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas con discapacidad que trabajen en los Centros Especiales de Empleo se dice que, cuando las circunstancias personales de la persona con discapacidad así lo requieran, podrá celebrarse el contrato a bajo rendimiento, entendiendo como tal aquel en que el trabajador con discapacidad, aun prestando sus servicios durante una jornada de trabajo normal, lo hace con un rendimiento inferior al normal en un 25 por 100, siempre que tal circunstancia la haya constatado el equipo multiprofesional correspondiente<sup>688</sup>. En estos casos, se prevé la posibilidad de

---

<sup>686</sup> En redacción dada al mismo por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 18 septiembre).

<sup>687</sup> Se hace referencia a título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, de acuerdo con las leyes reguladoras del sistema educativo vigente, o de certificado de profesionalidad de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, que habiliten para el ejercicio profesional.

<sup>688</sup> Conviene señalar en este punto que, a pesar de estar reiteradamente citados en el Real Decreto 1368/1985, estos equipos multiprofesionales, casi treinta años después de la entrada en vigor del mismo, no han sido creados. En la Disposición Transitoria del propio Real Decreto se dice que, en tanto se regule la constitución y funcionamiento de los Equipos Multiprofesionales,



## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

reducir el salario del trabajador con discapacidad en un porcentaje de hasta el 25 por 100, con el límite del salario mínimo interprofesional vigente<sup>689</sup>, de modo que se pretende favorecer la integración laboral de estas personas con discapacidad, pero sin trasladar el coste económico de la misma al empleador<sup>690</sup>.

También en el mercado de trabajo ordinario hay supuestos de reducción salarial que pueden afectar a trabajadores con discapacidad. Así sucede, por ejemplo, con el artículo 1.1 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo por el que, en cumplimiento de lo previsto en la LISMI, se regulan el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad. Este precepto establece que en el supuesto de que el empresario acredite la disminución en el rendimiento de un trabajador que, tras haber sido declarado en situación de incapacidad permanente parcial, ha sido reincorporado a la empresa, deberá ocupar a ese trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual y, si no existiera, podrá reducir proporcionalmente el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25 por 100 ni los ingresos inferiores al salario mínimo interprofesional cuando se realice una jornada completa de trabajo. Por otra parte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, cuando la incapacidad de un trabajador al que se ha reconocido una pensión de incapacidad permanente en el grado de total afecte a la capacidad exigida, con carácter general, para desempeñar el nuevo puesto de trabajo, aquél podrá convenir con el empresario que el salario asignado a ese puesto de trabajo se reduzca en la proporción que corresponda a su menor capacidad, sin que tal reducción pueda exceder, en ningún caso, del 50 por 100 del importe de la pensión. Aunque expresamente no se diga en este caso, por

---

serán las actuales Unidades de Valoración las que asuman las funciones que en el presente Real Decreto se encomienda a aquéllos.

<sup>689</sup> PÉREZ AMORÓS, F.: «La relación laboral especial de los discapacitados que trabajan en centros especiales de empleo (I): forma del contrato, capacidad para contratar como trabajador, tiempo de trabajo y salario», en ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Directores) y SOLÀ MONELLS, X. (Coordinador): *La aplicación del Derecho del Trabajo...*, op. cit., pág. 154.

<sup>690</sup> GALA DURÁN, C.: «La relación laboral de carácter especial de los *minusválidos* que trabajan en los centros especiales de empleo», *Temas Laborales*, Núm. 55/2000, pág. 93.

analogía con el anterior, también debe garantizarse la percepción, al menos, del importe correspondiente al salario mínimo interprofesional<sup>691</sup>.

### **F) Ampliación de los supuestos de contratación temporal**

No se trata, en este caso, de establecer un incentivo de naturaleza económica<sup>692</sup>, sino de ampliar las posibilidades de contratar de manera no indefinida a trabajadores con discapacidad, de modo que la contratación pueda resultar más atractiva para ciertos empresarios, si bien se hace nuevamente a costa de la limitación del derecho de estos trabajadores al acceso a un empleo estable<sup>693</sup>. Lo cierto es que la temporalidad en el empleo se ha venido mostrando como un valor apreciado por una gran parte de los empresarios, de modo que la posibilidad ampliada para ciertos colectivos de celebrar un contrato que no defina *ab initio* su duración puede ser considerada una medida de acción positiva para el empleo de esos trabajadores.

En el caso de los trabajadores con discapacidad, esta técnica incentivadora se ha venido usando por dos vías: por una parte, mediante el establecimiento de modalidades contractuales temporales específicas, que únicamente pueden ser utilizadas cuando el trabajador contratado es una persona con discapacidad; por otra, permitiendo a los empresarios celebrar contratos de trabajo temporales con trabajadores con discapacidad en supuestos en los que no pueden ser celebrados con los demás trabajadores.

---

<sup>691</sup> GALA DURÁN, C.: «La relación laboral de carácter especial...», op. cit., pág. 94.

<sup>692</sup> Podría, sin embargo, considerarse una incentivación económica diferida, considerando el menor coste de la extinción contractual para el empresario cuando ésta se produce a la finalización del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, en los términos establecidos en el artículo 49.1.c) del TRLET.

<sup>693</sup> CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: «La contratación temporal en España. Mercado de trabajo y prácticas empresariales», *Ekonomiaz*, Revista vasca de economía, Núm. 31-32/1995, pág. 208. El autor analiza los datos de población activa y empleo del periodo 1987-1994 para concluir que se ha ido produciendo una descomposición del principio de estabilidad en el empleo, tanto en el propio mercado de trabajo como en la construcción jurídica, que ha dado como resultado una "explosión de la contratación temporal". Ni que decir tiene que esa explosión se ha mantenido en el tiempo, hasta el punto de que en el preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se señala que, a pesar de los gravísimos efectos que la crisis económica que viene padeciendo nuestro país ha tenido en el empleo de los trabajadores contratados temporalmente, España mantiene en ese momento una tasa de temporalidad de casi el 25%, mucho más elevada que el resto de nuestros socios europeos (la temporalidad media en la UE27 era en ese momento del 14%, 11 puntos inferior a la española).

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

A la primera de esas vías corresponde el denominado Contrato de Fomento del Empleo, de larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico laboral, pero con una presencia paulatinamente menor en nuestro mercado de trabajo. En efecto, el Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento del empleo, introdujo una modalidad contractual temporal no causal, abierta subjetivamente a todo tipo de trabajadores<sup>694</sup>; el éxito de la iniciativa legislativa fue innegable en términos de creación de empleo, pero no lo fue tanto respecto de la estabilidad, de modo que probablemente instauró de manera arraigada en nuestro mercado de trabajo la cultura de la temporalidad<sup>695</sup> y, consecuentemente, la de la extrema volatilidad del mismo, marcadamente volcado hacia las medidas de flexibilidad externa en detrimento de las internas de las empresas.<sup>696</sup> Con el paso del tiempo, el legislador decidió reorientar la política de contratación temporal y la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, derogó el Real Decreto 1989/1984<sup>697</sup>, y creó una nueva modalidad de contratación temporal de fomento del empleo pero limitada subjetivamente a ciertos colectivos: mayores de 45 años, beneficiarios de prestaciones por desempleo y personas con discapacidad. Esa limitación del ámbito subjetivo de esta modalidad contractual temporal aún se acentuará más, hasta quedar limitada en la actualidad exclusivamente a las personas con discapacidad, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Ley 43/2006, para la mejora del crecimiento y del empleo<sup>698</sup>. En este caso, la única contrapartida para los trabajadores con

---

<sup>694</sup> Inicialmente, este nuevo contrato temporal de fomento del empleo podía tener una duración mínima de seis meses y una duración máxima de tres años.

<sup>695</sup> En una entrevista al Dr. Tomás SALA FRANCO publicada por el Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales de Tarragona en el número 42 de la revista *Criteri*, correspondiente al segundo trimestre de 2007, el Catedrático de Derecho del Trabajo señala, literalmente, que “la temporalidad hoy es una adicción del empresario medio que promulga con no contratar indefinidamente a sus trabajadores”.

<sup>696</sup> Es precisamente ese desequilibrio uno de los factores que pretende corregir la Reforma Laboral de 2012. La Ley 3/2012, de 6 de julio, incluye medidas de distinta índole para favorecer la flexibilidad interna de las empresas, pero lo cierto es que lo hace sin limitar apenas las posibilidades de contratación temporal, por lo que muy probablemente la fuerte cultura de la temporalidad impida un desarrollo apreciable de las citadas medidas de flexibilidad interna.

<sup>697</sup> Si bien, curiosamente, permitió una prórroga adicional de 18 meses para los contratos que en aquel momento estuvieran vigentes y hubieran sido celebrados al amparo de dicha norma.

<sup>698</sup> Posteriormente, el artículo 15 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, ampliaría el ámbito subjetivo de esta modalidad contractual al incluir en el mismo a las empresas de inserción y a los trabajadores en situación de exclusión

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

discapacidad es que la duración de estos contratos es temporal, y no podrá ser inferior a un año ni superior a tres.

Pero, como hemos señalado anteriormente, además de generar modalidades de contratación temporal específicas y exclusivas para trabajadores con discapacidad, también en las modalidades contractuales genéricas se amplían los supuestos en los que estos trabajadores pueden ser contratados temporalmente. Así, por ejemplo, y como ya hemos visto anteriormente, el acceso de los trabajadores con discapacidad al contrato de trabajo en prácticas es más amplio, y lo mismo sucede con el contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje, ya que, a diferencia de lo que ocurre con los restantes trabajadores, que han de tener una edad máxima de 25 años<sup>699</sup>, en el caso de los que presentan discapacidad no existe un límite máximo de edad para su celebración. Además, se prevé la posibilidad de ampliación de la duración de estos contratos hasta cuatro años<sup>700</sup> cuando se celebran con trabajadores con discapacidad, y si el trabajador contratado para la formación y el aprendizaje es una persona con discapacidad intelectual, hasta un 25% del tiempo de trabajo efectivo podrá dedicarse a la realización de procedimientos de rehabilitación, habilitación o de ajuste personal y social<sup>701</sup>.

### 4.1.3 Subvenciones en la contratación laboral de las personas con discapacidad

Haremos referencia en este apartado a las subvenciones destinadas a favorecer la contratación de trabajadores con discapacidad con carácter general, puesto que las específicamente previstas para el empleo protegido se tratarán en el apartado correspondiente al mismo.

---

social desempleados e inscritos en los Servicios Públicos de Empleo, con especiales dificultades para su integración en el mercado de trabajo, que estén incluidos en alguno de los colectivos relacionados en el artículo 2 de la propia Ley 44/2007.

<sup>699</sup> Transitoriamente, hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento, podrán realizarse contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores menores de 30 años (Disposición Transitoria Novena de la Ley 3/2012, de 6 de julio).

<sup>700</sup> La duración máxima, con carácter general, es de tres años.

<sup>701</sup> Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

Las subvenciones a la contratación indefinida de trabajadores con discapacidad se hallan recogidas actualmente en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que, en cumplimiento de lo previsto en la LISMI, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad<sup>702</sup>. En el momento de su publicación, este Real Decreto reconoce la necesidad realizar un esfuerzo económico y de solidaridad social para hacer efectivo, respecto de las personas con discapacidad, el derecho al trabajo que para todos los españoles, sin discriminación, reconoce y garantiza el artículo 35 de la CE. Ese esfuerzo público se plasma en medidas que puedan favorecer la integración laboral de estos trabajadores, y debe realizarse fundamentalmente a través del sistema ordinario de trabajo, tal como exigía la LISMI, que anunciaba que a tal fin iría encaminada la política de empleo a desarrollar en favor de las personas con discapacidad. En esa línea, el Real Decreto 1451/1983 acude a las dos técnicas incentivadoras más comunes, a las que nos hemos referido anteriormente: las subvenciones y las bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social.

En un primer momento, el artículo 7 de este Real Decreto prevé una subvención para las empresas<sup>703</sup> que contraten por tiempo indefinido y en jornada completa a trabajadores con discapacidad de 500.000 pesetas por cada contrato de trabajo celebrado, incentivo que se extiende a las Cooperativas de Trabajo Asociado que incorporen a trabajadores con discapacidad como socios<sup>704</sup>. El importe de la

---

<sup>702</sup> Esta norma recoge las medidas de fomento del empleo de trabajadores con discapacidad que antes estaban reguladas en la sección segunda del capítulo III del Real Decreto 1454/1982, de 25 de junio, que deroga.

<sup>703</sup> Teóricamente, en esta expresión están incluidos los Centros Especiales de Empleo, que por otra parte no han sido expresamente excluidos de esta subvención. No obstante, el propio Real Decreto 1451/1983, al limitar al 60 por 100 de los costes salariales del trabajador cuya contratación se incentiva el total de subvenciones recibidas, y considerando que las que se contemplan para el empleo protegido superan notablemente las establecidas con carácter general en el mencionado Real Decreto, la subvención que éste contempla no será aplicada por los Centros Especiales de Empleo.

<sup>704</sup> Hay que tener en cuenta que la Disposición Transitoria sexta de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, en su apartado 3, estableció que la transformación de los contratos de duración determinada regulados en esa disposición en contratos indefinidos daría derecho a la obtención de los beneficios establecidos en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, siempre que en el momento de la transformación, que podría producirse al vencimiento de la duración inicial del contrato o de las correspondientes prórrogas, los trabajadores siguieran reuniendo los requisitos exigidos en las citadas normas, excepto el

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

subvención se mantendrá estable hasta que el Real Decreto 4/1999, de 8 de enero, entendiendo que el transcurso de más de quince años desde la entrada en vigor Real Decreto 1451/1983 recomendaba una revisión de la cuantía de la subvención que éste preveía, la incrementa hasta 650.000 pesetas. Con la desaparición de la antigua moneda, la subvención ha pasado a ser de 3.907 euros, que es la cantidad vigente. No obstante, hay que señalar que recientemente hemos asistido a un intento fallido de mejorar esta subvención, puesto que el Real Decreto Ley 3/2011 derogó el capítulo II del Real Decreto 1451/1983 –en el que se halla el artículo 7 al que nos venimos refiriendo- no obstante lo cual, en su Disposición Transitoria Tercera estableció que las disposiciones que se derogaban debían permanecer en vigor hasta que se aprobara la Estrategia Española de Empleo y el Plan Anual de Política de Empleo para el ejercicio 2012; la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 fue aprobada por el Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, que dentro de las medidas estatales de inserción laboral de personas con discapacidad recogía subvenciones de 4.000 euros (4.400 euros si se trataba de mujeres con discapacidad) para la contratación indefinida de estos trabajadores, que se incrementaban hasta 8.000 euros (8.400 euros si se trataba de mujeres) en el caso de que se contratara a personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo<sup>705</sup>.

No obstante, este incremento de las cuantías de las subvenciones que contenía la Estrategia Española de Empleo no llegó a hacerse efectivo en el momento de su entrada en vigor, puesto que, recordemos, la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto Ley 3/2011 condicionaba la derogación de la normativa anterior – artículo 7 del Real Decreto 1451/1983, en este caso- a la aprobación de esta Estrategia y del Plan Anual de Política de Empleo. Pues bien, este Plan, aprobado

---

relativo a la inscripción como desempleados en la Oficina de Empleo. Los incentivos contenidos en esta norma se mantienen vigentes, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria sexta del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio.

<sup>705</sup> A estos efectos, se considera que presentan esa especial dificultad las personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100, así como las personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

por Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de julio de 2012, fue publicado por Resolución de 24 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Empleo<sup>706</sup>, cuando ya había entrado en vigor el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, cuya Disposición Derogatoria única, en su apartado 1.h, derogaba la Disposición Transitoria Tercera y la Disposición Derogatoria única del Real Decreto Ley 3/2011, de 18 de febrero. Por otra parte, en la Disposición Final Duodécima del mismo Real Decreto Ley 3/2012 se establecen las medidas de ámbito estatal en la Estrategia Española de Empleo 2012-2014, sorprendiendo que entre las acciones y medidas de políticas activas de empleo de carácter estatal a efectos de su aplicación para el conjunto del Estado, reaparece el capítulo II del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo. En definitiva, tras este largo y tortuoso camino de reformas y contrarreformas, actualmente la subvención para la contratación indefinida de trabajadores con discapacidad continúa siendo la prevista en el artículo 7 de este Real Decreto, es decir, 3.907 euros cuando el contrato se celebre a jornada completa, y la parte proporcional de ese importe sobre la jornada del trabajador contratado cuando éste haya celebrado un contrato de trabajo a tiempo parcial.

Más allá del rocambolesco final de este fallido intento de modificación de la política de subvenciones a la contratación indefinida de trabajadores con discapacidad, lo cierto es que se ha perdido la oportunidad no solamente de mejorar, adecuar y actualizar los importes de las mismas, sino que además se pierde el efecto regulador que proponía la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 en su redactado original y que permitía ajustar el importe de las subvenciones a la tipología de la discapacidad, de manera proporcional a la dificultad de empleo del trabajador con discapacidad contratado. Únicamente se contempla esta posibilidad en el supuesto previsto en el artículo 12.1.a) 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<sup>707</sup>, de acuerdo con el cual las empresas colaboradoras que contraten con carácter

---

<sup>706</sup> BOE de 4 de agosto de 2012.

<sup>707</sup> Nos referiremos a esta figura en el capítulo siguiente, al tratar de las medidas alternativas a la contratación de trabajadores con discapacidad reguladas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

indefinido a un trabajador del enclave con discapacidad que presente especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo<sup>708</sup> tendrán derecho a una subvención de 7.814 euros por cada contrato de trabajo celebrado a jornada completa, y la parte proporcional a la jornada en el caso de contrataciones a tiempo parcial<sup>709</sup>.

Además de estas subvenciones, el mismo Real Decreto 1451/1983 contempla, en su artículo 12<sup>710</sup>, la posibilidad de que las empresas que contraten trabajadores con discapacidad mediante un contrato indefinido, o bien temporal de duración igual o superior a doce meses<sup>711</sup>, puedan solicitar subvenciones con cargo al Servicio Público de Empleo, compatibles con las que hemos señalado anteriormente y destinadas a la adaptación de los puestos de trabajo o a la dotación de equipos de protección personal necesarios<sup>712</sup> para evitar accidentes laborales al trabajador con discapacidad contratado o para eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten la actividad de estos trabajadores. En el caso de que la empresa no solicitase esta ayuda, podrá hacerlo el propio trabajador con discapacidad. Lo cierto es que se trata, sin duda, de un mecanismo de acción positiva extraordinariamente importante para adaptar el entorno al trabajador con discapacidad, a la vez que permite favorecer la introducción de medidas de prevención y protección de este tipo de trabajadores debidamente adaptadas a sus peculiares características<sup>713</sup>. Por lo que hace referencia al importe de esta subvención, se corresponderá con el del gasto realizado con las finalidades descritas anteriormente<sup>714</sup>, con el límite de 901,52 euros, importe que fue

---

<sup>708</sup> Idénticos colectivos a los señalados anteriormente para la Estrategia Española de Empleo 2012-2014.

<sup>709</sup> En este caso, para tener derecho a esta mayor subvención, la contratación de los trabajadores deberá realizarse sin solución de continuidad y transcurrido, al menos, un plazo de tres meses desde el inicio del enclave o desde la incorporación del trabajador si ésta fuera posterior al inicio del enclave.

<sup>710</sup> En el redactado dado al mismo por el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero.

<sup>711</sup> Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1451/1983, en la redacción dada a la misma por el Real Decreto 170/2004.

<sup>712</sup> La necesidad de adaptación o de medios especiales de protección personal deberá contar con el informe favorable de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

<sup>713</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: «Trabajadores *minusválidos*: de la protección a la promoción», *Temas Laborales*, nº 51, 1991, pág. 63.

<sup>714</sup> NUÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La integración laboral de las personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 209. El autor señala que esta necesidad de acreditar que el gasto se ha realizado será, sin duda, una traba, y no la única, para que pueda ser el trabajador el beneficiario de la subvención.



## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

establecido por el artículo 1.2 de la Orden de 13 de abril de 1994, y no ha sido actualizado<sup>715</sup>.

Así pues, las empresas que contraten indefinidamente a trabajadores con discapacidad podrán acceder a subvenciones cuya cuantía puede alcanzar los 3.907 euros, e incluso superar esa cifra y llegar hasta los 7.814 euros si la contratación se realiza en las condiciones previstas en el artículo 12.1.a) 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. Además, podrán esas mismas empresas obtener una subvención específica de finalidad adaptativa y preventiva, de hasta 901,52 euros, a la que además pueden acceder las empresas que contraten temporalmente a trabajadores con discapacidad, al menos durante 12 meses, y estos mismos trabajadores en el caso de que las empresas no la soliciten. En todo caso, el acceso a estas subvenciones requiere que las contrataciones se realicen cumpliendo las condiciones y los requisitos previstos en el Real Decreto 1451/1983 y en la Orden de 13 de abril de 1994, que podemos resumir como sigue:

- Las empresas deben solicitar a los trabajadores con discapacidad a la correspondiente oficina de empleo, mediante oferta nominativa o genérica<sup>716</sup>, con descripción detallada de los puestos que se quiera cubrir, sus características técnicas, así como la capacidad que debe tener el trabajador para cubrir dicho puesto. Una vez el Servicio Público de Empleo haya requerido el informe al correspondiente equipo multiprofesional sobre la adecuación del puesto de trabajo a la discapacidad de los trabajadores que, teniendo acreditada tal circunstancia, se encuentren inscritos en la

---

Además, será suficiente que la empresa se oponga a adaptar el puesto de trabajo para que el conflicto esté servido, sin que pueda hablarse aquí de una especie de autotutela del trabajador, sino más bien de una vía residual de compleja virtualidad. El autor considera que, por todo ello, llevar esta previsión normativa a la práctica se estima casi imposible sin el consentimiento del empresario o una decisión judicial favorable ante una reclamación en este sentido.

<sup>715</sup> Esta Orden regula la concesión de las ayudas y subvenciones sobre fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad que establece el Capítulo II del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo y, como no podía ser de otro modo en la fecha en que fue publicada, expresaba en pesetas el importe de la subvención (150.000).

<sup>716</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas» en ROMERO RÓDENAS, M. (Coordinadora): *Trabajo y protección social del discapacitado*, op. cit., pág. 65.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

oficina de empleo<sup>717</sup>, resolverá sobre la concesión de las subvenciones o bonificaciones en el plazo de un mes a partir de la fecha de la presentación<sup>718</sup>. Para que tal resolución sea posible, la empresa debe haber presentado previamente el contrato de trabajo debidamente formalizado en el modelo oficial, acompañado de la solicitud de alta del trabajador en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social y del documento que acredite la discapacidad del trabajador contratado. No obstante, hay que señalar que, asumidas las competencias en estas materias por las Comunidades Autónomas, muchas de ellas se han dotado de procedimiento específico de gestión en la concesión de estas subvenciones, por lo que habrá que estar, en cada caso, a la normativa autonómica aplicable<sup>719</sup>.

- Las empresas beneficiarias de las subvenciones deben cumplir los requisitos establecidos con carácter general en el artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y muy particularmente en este caso el de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes<sup>720</sup>. En el caso de la subvención para adaptación

---

<sup>717</sup> En el caso de la subvención prevista en el artículo 12 del Real Decreto 290/2004, para la contratación de trabajadores con discapacidad que presenten especiales dificultades, provenientes de enclaves laborales, no se hace mención alguna de este informe. En este caso se dice, además, que la presentación de la documentación ante el Servicio Público de Empleo surtirá los efectos de solicitud de las subvenciones.

<sup>718</sup> El silencio administrativo es, en este caso, negativo.

<sup>719</sup> Sirva como ejemplo el caso de Cataluña, Comunidad Autónoma en la que es de aplicación la Orden TRE/267/2008, de 22 de mayo, por la cual se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas y subvenciones a los programas de igualdad de oportunidades en el trabajo: programas laborales para la diversidad.

<sup>720</sup> El mencionado precepto también exige, para ser beneficiario de una subvención, cumplir otros requisitos, tales como no haber sido condenado mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas, no haber solicitado la declaración de concurso voluntario, no haber sido declarados insolventes en cualquier procedimiento, no hallarse declarados en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio, no estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso, no haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración, no estar incurso en alguno de los supuestos de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, o de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, no tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, hallarse al corriente de pago de obligaciones por

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

y prevención, este requisito se recoge expresamente en el artículo 2 de la Orden de 13 de abril de 1994, que exige además que las empresas y las cooperativas de trabajo asociado, para beneficiarse de esta subvención, habrán de estar en alta en el Impuesto de Actividades Económicas<sup>721</sup> y tener asignado Código de Cuenta Cotización. No obstante, a estas subvenciones no les resulta aplicable lo previsto en el artículo 22.1 de la Ley 38/2003 sobre el régimen de concurrencia competitiva, lo que podría limitar notablemente el acceso a las mismas ante una drástica reducción del límite presupuestario<sup>722</sup>.

- En el caso de la subvención prevista en el Real Decreto 290/2004, para los casos de contratación de trabajadores con discapacidad que presenten especiales dificultades, se exige específicamente que la contratación de estos trabajadores deberá realizarse sin solución de continuidad y transcurrido, al menos, un plazo de tres meses desde el inicio del enclave o desde la incorporación del trabajador si ésta fuera posterior al inicio del enclave.

---

reintegro de subvenciones en los términos que reglamentariamente se determinen, y no haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones conforme a ésta u otras leyes que así lo establezcan. Se prevé, además, que las prohibiciones de obtener subvenciones afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas.

<sup>721</sup> Hay que tener en cuenta que actualmente ya no son sujetos pasivos de este Impuesto las personas físicas. También están exentas las personas jurídicas cuya cifra de negocio es inferior a un millón de euros.

<sup>722</sup> El Real Decreto 357/2006, de 24 de marzo, por el que se regula la concesión directa de determinadas subvenciones en los ámbitos del empleo y de la formación profesional ocupacional, dictado en desarrollo de lo establecido en el artículo 28.2 de la Ley General de Subvenciones, incluye en su ámbito de aplicación las subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad, a las que se refiere el capítulo II del Real Decreto 1451/1983. Esta norma autoriza la concesión directa de determinadas subvenciones en los ámbitos del empleo y de la formación profesional ocupacional, y establece sus normas reguladoras, al amparo de lo dispuesto en el artículo 22.2.c) de la Ley 38/2003, atendiendo a la singularidad derivada de las difíciles circunstancias de integración laboral de los colectivos afectados o de sus peculiares necesidades formativas, que permiten apreciar la concurrencia de razones de interés público, económico y social que dificultan la convocatoria pública de las referidas subvenciones .

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

- El artículo 10 del Real Decreto 1451/1983 exige a las Empresas beneficiarias de las subvenciones<sup>723</sup> que mantengan la estabilidad en el empleo de los trabajadores contratados por un tiempo mínimo de tres años, no pudiendo despedir sin causa justificada a estos trabajadores, y, en caso de despido procedente, deberán sustituirles por otros trabajadores con discapacidad<sup>724</sup>, sin generar en este caso derecho alguno a una nueva subvención. El incumplimiento por las Empresas beneficiarias de estas condiciones supondrá la obligación de reintegrar al Tesoro las cantidades percibidas, si bien no es pacífico el criterio sobre si el reintegro debe afectar a la totalidad de la subvención percibida o bien a la parte proporcional respecto del tiempo que falte hasta que el contrato hubiera alcanzado los tres años de duración previstos en la norma<sup>725</sup>. Una vez transcurridos estos tres años, nada prevé la norma respecto de la consolidación del derecho a mantener la subvención recibida, por lo que no parece sostenible que, aun en los casos en que se extinguiera el contrato del trabajador con discapacidad de manera arbitraria y con absoluta falta de justificación por parte del empresario, este espíritu defraudador pudiera comportar la obligación de reintegro de la ayuda económica percibida. El hecho de que, finalizados los tres años, se consolide el derecho a la subvención percibida ha hecho que algunos autores hayan sostenido que la subvención podría también ser reconocida en aquellos supuestos de

---

<sup>723</sup> Hay que entender que la condición afecta a las dos subvenciones reguladas en esta norma, tanto la genérica por contratación indefinida como la destinada a adaptación y prevención, ya que el precepto hace referencia a las subvenciones “de la presente disposición”.

<sup>724</sup> Sobre este aspecto, se ha planteado si únicamente existe obligación de sustituir a estos trabajadores en el supuesto de despido procedente, y no en los restantes casos en los que puede entenderse que hay causa justificada. Los dos supuestos más relevantes en la práctica son los de cese voluntario del trabajador y los de fallecimiento de éste. En ambos, existen posturas contrapuestas, tanto en la doctrina judicial como en la práctica administrativa llevada a cabo por las distintas Comunidades Autónomas. La STS de 14 de febrero de 1997 (RJ 1997\1094) determina la necesidad de sustitución del trabajador con discapacidad aun en el caso de cese voluntario de éste, y a la misma conclusión llega el TSJ de Castilla y León (Valladolid), en Sentencia de 31 de julio de 2000 (JUR 2000\28844), en el caso de fallecimiento del trabajador con discapacidad contratado.

<sup>725</sup> A favor de la devolución parcial de la subvención, entre otras, la mencionada STS de 14 de febrero de 1997, y en contra, entre otras, la STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2006 (JUR 2007\163394). En la práctica administrativa se reproduce esta disparidad de criterios, habiendo Comunidades Autónomas, como Cataluña, que optan por reclamar parcialmente la devolución de la subvención en los casos de cese del trabajador con discapacidad sin sustitución del mismo, mientras que otras, como Madrid, han reclamado en estos casos el importe total de la subvención.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

contratación temporal cuya duración alcance los tres años<sup>726</sup>; no obstante, lo cierto es que tal posición no parece contar con suficiente soporte normativo, tratándose de un supuesto de disposición de fondos públicos.

Sorprende la ausencia de varios requisitos que son muy comunes cuando existen incentivos económicos a la contratación laboral de personas con discapacidad, y que aparecen normalmente en el caso de las bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social. En este sentido, hay que señalar que algunos de estos requisitos existieron durante un tiempo, ya que la Disposición Adicional Quinta de la Ley 24/2011, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social<sup>727</sup>, estableció que las subvenciones y bonificaciones previstas en el capítulo II del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo no se aplicarían en los siguientes supuestos:

- a) Relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2.1 del TRLET o en otras disposiciones legales.
- b) Contrataciones que afectaran al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produjeran con estos últimos.
- c) Contrataciones realizadas con trabajadores que, en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación, hubiesen prestado servicios en la misma empresa o grupo de empresas mediante un contrato por tiempo indefinido. Esta exclusión afectaba también al supuesto de vinculación laboral anterior del trabajador con empresas a las que la solicitante de los beneficios haya sucedido en virtud de lo establecido en el artículo 44 del TRLET.

---

<sup>726</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «La regulación especial del trabajo...», op. cit., pág. 227.

<sup>727</sup> Que sería derogada por la letra c) del número 1 de la disposición derogatoria única del Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo («BOE» 14 junio), reiterándose dicha derogación por la letra c) del número 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo («BOE» 30 diciembre).

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

d) Trabajadores que hubieran finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato

La derogación de esta Disposición Adicional supuso la desaparición de estos requisitos para acceder a las subvenciones previstas en el Real Decreto 1451/1983, si bien se mantuvieron, con algunas modificaciones, para las bonificaciones en las cuotas derivadas de las mismas contrataciones indefinidas realizadas con trabajadores con discapacidad. Resulta sorprendente, por una parte, que no coincidan los requisitos para la obtención de ambas ayudas, ya que a pesar de tratarse de técnicas diferentes, el contenido y la finalidad son prácticamente idénticos en subvenciones y bonificaciones, y por otra que haya existido un periodo en el que sí se exigieron tales requisitos para acceder a los incentivos, de modo que su obtención o no dependerá del momento en el que el contrato fue celebrado, y no del contenido del mismo y su incidencia en el fomento del empleo de las personas con discapacidad. Estamos, nuevamente, ante una consecuencia poco razonable de la dispersión normativa y la acusada falta de sistemática que afecta de manera muy acusada a esta materia, como tendremos ocasión de comprobar al referirnos a las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social.

Para finalizar este apartado, hay que señalar que, además de las bonificaciones que se han analizado anteriormente, las Comunidades Autónomas<sup>728</sup> han utilizado también esta técnica incentivadora, en sus respectivos ámbitos territoriales y competenciales, para favorecer el empleo estable de los trabajadores con discapacidad. En este sentido, resulta especialmente relevante

---

<sup>728</sup> Cataluña, Aragón, Extremadura y Andalucía, entre otras Comunidades Autónomas, han regulado subvenciones complementarias a las contenidas en la normativa estatal para favorecer la contratación estable de trabajadores pertenecientes a distintos colectivos especialmente desfavorecidos en el acceso al empleo. Sirva como ejemplo el caso aragonés, ya que el Decreto 56/2009, de 14 de abril, del Gobierno de Aragón, para la promoción de la contratación estable y de calidad (B.O.A. de 24 de abril de 2009), en su artículo 12.1.c) prevé que la subvención de 3.907 euros prevista en el Real Decreto 1451/1983 se incrementará con un incentivo adicional de 1.000 euros si en el trabajador con discapacidad contratado concurren una o varias de las siguientes circunstancias: ser mujer, tratarse de una discapacidad psíquica, enfermedad mental o parálisis cerebral, o si la discapacidad, siendo física o sensorial, presenta un grado de minusvalía igual o superior al 65%.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

la previsión contenida en el artículo 7.3 del Real Decreto 1451/1983<sup>729</sup> en el sentido de que los beneficios previstos en esta norma no podrán, en concurrencia con otras ayudas públicas<sup>730</sup> para la misma finalidad, superar el 60 por 100 del coste salarial anual<sup>731</sup> correspondiente al contrato que da derecho a los mismos.

### 4.1.4 Bonificaciones en la contratación indefinida de personas con discapacidad

#### A) Del Real Decreto 1451/1983 a la Ley 43/2006

El Real Decreto 1451/1983 también contenía, además de las subvenciones que hemos visto anteriormente y que se mantienen vigentes, bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social por contratación indefinida de trabajadores con discapacidad, y reducciones de las cuotas en el caso de readmisiones de trabajadores a quienes se hubiera reconocido una incapacidad permanente total o absoluta y posteriormente hubieran recuperado su capacidad laboral plena o hubieran visto reducido el grado de aquella incapacidad permanente al de parcial<sup>732</sup>. Esta acumulación de incentivos en esta norma, y su indudable mayor repercusión económica en los costes sociales de los empresarios contratantes respecto de los incentivos destinados a la contratación de otros colectivos, se explica sin duda por los problemas agravados que tienen las personas con discapacidad, y no solamente en relación con la búsqueda de un empleo, sino en todos los órdenes de la vida<sup>733</sup>. En el caso de las bonificaciones

---

<sup>729</sup> Redactado por la Disposición Adicional 2.ª del R.D. 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 (BOE de 26 enero).

<sup>730</sup> Parece evidente que la concurrencia no será únicamente con otras subvenciones, sino con cualquier otro beneficio económico de carácter público, sea cual fuere la técnica incentivadora que lo genera.

<sup>731</sup> Desde un punto de vista técnico, la determinación de este importe debe venir referido a los conceptos que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 26 del TRLET, tienen naturaleza salarial, con independencia de si forman parte o no de la base de cotización de la Seguridad Social de acuerdo con lo establecido en el artículo 109 del TRLGSS.

<sup>732</sup> En estos casos, el artículo 2 del RD 1451/1983 estableció una reducción del 50 por 100 de la cuota empresarial por contingencias comunes durante dos años. En sentido estricto, al tratarse de una reducción de cuotas y no de una bonificación, esta norma no se vio afectada por la supresión del derecho a las bonificaciones establecido en la Disposición Transitoria Sexta del Real Decreto Ley 20/2012.

<sup>733</sup> ORTEGA FIGUERAL, E.: *Todo contratación laboral 2008*, Valencia, Wolters Kluwer España, 2008, pág. 203.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

recogidas en esta norma, se aplican sobre la totalidad de la cuota empresarial<sup>734</sup>, y lo son *stricto sensu*, es decir, que su importe correrá a cargo de los presupuestos del Servicio Público de Empleo, a diferencia de lo que ocurre con las reducciones en las cuotas, que repercuten sobre los de la propia Seguridad Social, como ya hemos tenido ocasión de ver y, consecuentemente, suponen una menor recaudación en este ámbito.

Pues bien, el artículo 7.1 del Real Decreto 1451/1983 establecía que las empresas que contrataran por tiempo indefinido y a jornada completa a trabajadores con discapacidad tendrían derecho a una bonificación en las cuotas empresariales de la Seguridad Social<sup>735</sup>, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta, del 70 por ciento - 90 por 100 en el caso de que fuera una mujer- por cada trabajador con discapacidad contratado menor de 45 años, o del 90 por ciento por cada trabajador con discapacidad contratado de 45 o más años -100 por 100 en el caso de contratación de mujeres con discapacidad-, resultando en todo caso una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales cuando el trabajador o la trabajadora con discapacidad contratados presentaran especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo y provinieran de un enclave laboral<sup>736</sup>. Al tratarse de bonificaciones porcentuales de las cuotas, no resulta inmediatamente visible su cuantía, pero puede resultar gráfico el ejemplo sobre una base de cotización de 1.000 euros para todas las contingencias, de un trabajador varón con discapacidad menor de 45 años contratado como administrativo a jornada completa y por tiempo indefinido; en este caso, la empresa contratante tendría derecho a una bonificación del 70 por 100 de todas

---

<sup>734</sup> Para el año 2014, las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, han sido desarrolladas por la Orden ESS/106/2014, de 31 de enero.

<sup>735</sup> Las empresas que vinieran aplicando estas bonificaciones, porque los contratos de trabajo que las generaron se celebraron durante la vigencia de la norma que las regulaba, podían seguir haciéndolo tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012, puesto que su Disposición Transitoria sexta las excluye de la supresión del derecho a las bonificaciones. Lo mismo sucederá con aquellas empresas que vinieran disfrutando de las bonificaciones por contratación de trabajadores con discapacidad establecidas en la letra d) del apartado Tres.2 de la Disposición Adicional sexta de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación.

<sup>736</sup> Artículos 6.2 y 12.1.b) del Real Decreto 290/2004.



## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

las cuotas empresariales, que en este caso ascenderían a 309 euros<sup>737</sup>, por lo que el beneficio económico mensual para la empresa sería de 216,30 euros. En el caso de que la contratada fuera una mujer con discapacidad mayor de 45 años o una persona con especiales dificultades para el acceso al empleo ordinario, proveniente de un enclave laboral, la bonificación sería del 100 por 100 y, consecuentemente, el beneficio económico para la empresa contratante ascendería a 309 euros mensuales o, lo que es lo mismo, a 3.708 euros anuales. Se trata, sin duda, de incentivos económicos muy importantes si los comparamos con los que en aquella época se aplicaban a la contratación de otros colectivos con dificultades para el acceso al empleo<sup>738</sup>.

A partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1451/1983, y durante muchos años, la incentivación económica de la contratación de trabajadores con discapacidad por la vía de las bonificaciones de las cuotas empresariales de la Seguridad Social se mantendría unida normativamente a la de la realizada mediante subvenciones, constituyendo ambas técnicas un marco normativo único y diferenciado del de los restantes colectivos a los que el legislador ha venido aplicando medidas de acción positiva promocionales en el ámbito del empleo. Sin embargo, esta singularidad desaparecerá con la aparición del Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, que tras ser tramitado como proyecto de ley dio como resultado la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. La Disposición Derogatoria única de ambas normas deroga las

---

<sup>737</sup> Sobre una base de 1.000 euros, con los actuales tipos de cotización, las cuotas empresariales serían las siguientes: 236 euros para Contingencias Comunes; 10 euros para Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales; 55 euros para Desempleo; 2 euros para Fondo de Garantía Salarial; y 6 euros para Formación Profesional.

<sup>738</sup> Sirvan como ejemplo los jóvenes trabajadores. El artículo 1.1 del Real Decreto 799/1985, de 25 de mayo, establecía que las empresas que contrataran por tiempo indefinido y a jornada completa, a jóvenes desempleados menores de veintiséis años, u optaran a la finalización de un contrato en prácticas o para la formación por su conversión en un contrato de aquella naturaleza, cotizarían, por tales trabajadores, por Contingencias Comunes al Régimen General de la Seguridad Social, aplicando como aportación empresarial el porcentaje del 12 por 100, durante toda la vigencia del contrato. Considerando que el tipo empresarial vigente para estas contingencias es el 23,6 por 100, el beneficio empresarial en el ejemplo que hemos puesto para la contratación de trabajadores con discapacidad, es decir, sobre una base de cotización de 1.000 euros mensuales, sería de 116 euros mensuales o, lo que es lo mismo, 1.392 euros anuales. La diferencia, en relación al incentivo para la contratación de trabajadores con discapacidad, es muy evidente.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

referencias a las bonificaciones<sup>739</sup> en las cuotas empresariales a la Seguridad Social, incluidas las de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional y las cuotas de recaudación conjunta, por la contratación de trabajadores con discapacidad, o su incorporación como socios a cooperativas de trabajo asociado, contenidas en el Real Decreto 1451/1983 y en el Real Decreto 290/2004<sup>740</sup>. De este modo, en 2006 se producen, como consecuencia de la entrada en vigor de las normas mencionadas, dos circunstancias especialmente relevantes en el ámbito regulador de los incentivos económicos en la contratación de trabajadores con discapacidad: por una parte, se quiebra la unidad normativa que suponía contener en una misma norma, el Real Decreto 1451/1983, los dos incentivos económicos más potentes para incentivar esas contrataciones, esto es, las subvenciones y las bonificaciones. Por otra, se unifican en una sola norma, en este caso la Ley 43/2006, la totalidad de las bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social dirigidas a fomentar la contratación laboral de distintos colectivos que presentan dificultades probadas para el acceso al empleo. Esta norma creará un “Programa de Fomento del Empleo” que pretende impulsar la utilización de la contratación indefinida inicial por parte de las empresas sobre los siguientes criterios: mejor selección de los colectivos beneficiarios, simplificación de las cuantías de las bonificaciones, ampliación de la duración de los incentivos con el objetivo de favorecer el mantenimiento del empleo y sustitución<sup>741</sup> de los porcentajes de bonificación actuales por cuantías fijas de bonificación. Esta unificación de la normativa reguladora de las bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social como medidas de fomento del empleo tendrá consecuencias no deseadas en el colectivo de personas con discapacidad, que tendremos ocasión de analizar a continuación.

---

<sup>739</sup> Nada se dice de las reducciones, por lo que habrá que entender que esta derogación no afecta a la reducción del 50 por 100 en las cuotas empresariales por contingencias comunes que prevé el artículo 2.3 del Real Decreto 1451/1983 para los supuestos de reincorporación a la empresa que se contemplan en los dos primeros apartados de ese mismo artículo.

<sup>740</sup> No obstante, a tenor de lo dispuesto en la Disposición Transitoria sexta del Real Decreto Ley 20/2012, las empresas que vinieran aplicando estas bonificaciones podrán continuar haciéndolo tras la entrada en vigor de esta norma, puesto que están excluidas de la supresión del derecho a las bonificaciones.

<sup>741</sup> Salvo en el caso de la contratación de personas con discapacidad por los Centros Especiales de Empleo.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

No obstante, conviene señalar previamente que el cambio de técnica legislativa para generar la concentración normativa y acabar con la dispersión existente hasta ese momento, que había venido siendo reclamada por algunos autores<sup>742</sup>, y los criterios anunciados anteriormente para favorecer el impulso de las contrataciones estables, presentan algunos aspectos criticables. Así, con carácter general, se mantiene la potenciación de la técnica de la bonificación, en detrimento de la de la subvención que presidió la normativa anterior al Real Decreto Ley 9/1997, de 16 de mayo<sup>743</sup>, de modo que merma notablemente el control previo de la debida aplicación de estos incentivos económicos, provocando un mayor número de incidencias en la acción inspectora de control de las bonificaciones practicadas por las empresas<sup>744</sup>. Por otra parte, y esto sí resulta una novedad relevante de la Ley 43/2006, se opta por cambiar las bonificaciones porcentuales por otras a tanto alzado, con la pretensión de “simplificar” sus cuantías; en modo alguno parece que esa deba ser la finalidad de la reforma, puesto que tanto en un caso como en el otro las cantidades resultan ciertas y precisas, por lo que más bien parece que se haya optado por esta segunda técnica con la finalidad de que los importes de las bonificaciones resulten más inmediatamente visibles, en lo que más bien parece una decisión de marketing legislativo. En este sentido, resulta especialmente criticable la circunstancia de que, al tratarse de cantidades fijas e independientes de las bases de cotización de los trabajadores contratados, no existe incentivo alguno para las empresas beneficiarias en relación con la mejora salarial de esos trabajadores o su promoción económica, puesto que el importe de las bonificaciones que podrán ser aplicadas no variará<sup>745</sup>; no ocurría lo mismo con las bonificaciones porcentuales, ya que en este caso un incremento de la base de cotización del

---

<sup>742</sup> LAHERA FORTEZA, J.: «Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados», en VALDÉS DAL-RE, F. (Director) y LAHERA FORTEZA, J. (Coordinador): *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 120.

<sup>743</sup> Esta norma derogó la Ley 22/1992, de 30 de julio, que contenía numerosas subvenciones a la contratación indefinida de trabajadores pertenecientes a distintos colectivos.

<sup>744</sup> PÉREZ PÉREZ, J.: «La integración laboral de las personas con discapacidad: análisis de los distintos mecanismos de incentivación», en ESPUNY TOMÁS, M. y PAZ TORRES, O. (Coordinadoras): *Inspección de Trabajo 1906-2006*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 164.

<sup>745</sup> PÉREZ PÉREZ, J.: «El fomento del empleo de las personas con discapacidad: técnicas de incentivación y entornos normativos protectores», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, Números 2 y 3, 2008, págs. 305 a 306.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

trabajador contratado tenía como consecuencia inmediata y automática un incremento proporcional del incentivo económico que percibía la empresa beneficiaria de la bonificación. No obstante, hay quien ha visto en este cambio un incentivo de la contratación de trabajadores menos cualificados y, consecuentemente peor retribuidos<sup>746</sup>, si bien es cierto que, aun asumiendo esta premisa, queda sin resolver el efecto negativo que también para estos trabajadores supone el freno a la promoción económica en el desarrollo de la relación laboral. Finalmente, tampoco parece que la predicada ampliación de los términos temporales de aplicación de las bonificaciones resulte especialmente significativa, por cuanto para los colectivos más duramente castigados por la discriminación en el acceso al empleo, entre los que sin duda se hallan las personas con discapacidad, tales bonificaciones ya se venían aplicando con carácter indefinido.

Por lo que respecta específicamente al modo en que la reforma introducida por la Ley 43/2006 ha afectado a la contratación laboral de las personas con discapacidad, también existen aspectos concretos que deben ser criticados. Así, hay que comenzar señalando que al unificar todas las bonificaciones en una sola norma, también se unificaron los requisitos para el acceso a las mismas y las condiciones en que podían ser aplicadas; en algunos casos, esta uniformidad ha tenido un efecto positivo y ha facilitado la comprensión y la aplicación de la norma por parte de las empresas beneficiarias, pero en otros ha provocado disfunciones injustificadas que en nada han favorecido la consecución del objetivo de fomentar el empleo de las personas con discapacidad. Así, al regular el artículo 6 del Real Decreto Ley 5/2006 las causas de exclusión del derecho a las bonificaciones que regulaba esta norma relativas a la contratación de trabajadores que hubieran tenido previamente relaciones laborales indefinidas en la misma o en distinta empresa<sup>747</sup>, no estableció excepción alguna para la contratación de trabajadores

---

<sup>746</sup> GARCÍA JIMÉNEZ, M.; MOLINA NAVARRETE, C. y MOLINA HERMOSILLA, O.: «La nueva reforma laboral para la mejora del crecimiento económico y la calidad del empleo: ¿mucho ruido, pocas nueces?», Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos, 2006, Julio (280), pág. 16.

<sup>747</sup> Apartados c) y d) del apartado 1 de ese artículo 6.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

con discapacidad<sup>748</sup>, de modo que todas ellas afectaban a este colectivo, lo que suponía un enorme cambio, a peor, respecto de la normativa contenida en el Real Decreto 1451/1983<sup>749</sup>. Por otra parte, el mismo Real Decreto ley 5/2006 olvidó que los Centros Especiales de Empleo venían disfrutando de una bonificación plena en las cuotas empresariales, recogida en la Orden del MTAS 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; este olvido suponía que, en los casos en que la nueva bonificación de cuantía fija resultara inferior a la cuota empresarial resultante, los Centros Especiales de Empleo deberían cotizar por la diferencia, produciéndose también en este caso un cambio gravoso para estos empresarios, a quienes en principio se pretendía incentivar económicamente para favorecer la contratación de trabajadores con discapacidad<sup>750</sup>. Finalmente, dentro de este apartado de crítica específica en relación con el contenido de la norma relativo a la incentivación de la contratación de personas con discapacidad, hay que señalar que no se apreciaba en la misma una graduación adecuada de la intensidad de esa incentivación respecto de los distintos grados y tipologías de discapacidad y la relación de unos y otras con la especial dificultad para acceder al empleo por parte de estas personas.

---

<sup>748</sup> Salvo en el caso de trabajadores con discapacidad provenientes de enclaves laborales.

<sup>749</sup> Como ya hemos visto, esta norma contenía básicamente requisitos de mantenimiento de empleo, mientras que en el RDL 5/2006 se introducían para la contratación de trabajadores con discapacidad las siguientes causas de exclusión de las bonificaciones: contrataciones realizadas con trabajadores que 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 contrataciones de trabajadores que hubieran finalizado su relación laboral de carácter indefinido en otra empresa en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato por despido reconocido o declarado improcedente, o por despido colectivo. Además, en el apartado 2 del mismo artículo 6 se establecía que las empresas que hubieran extinguido o extinguieran por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos bonificados quedarían excluidas por un periodo de doce meses de las bonificaciones establecidas en el Programa contenido en el RDL 5/2006, afectando esta exclusión a un número de contratos igual al de las extinciones producidas.

<sup>750</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J.: «Los incentivos laborales a la actividad en Centros Especiales de Empleo», en ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Directores) y SOLÀ MONELLS, X. (Coordinador): *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, op. cit., págs. 318 a 319.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

La tramitación del Real Decreto Ley 5/2006 como proyecto de ley permitió corregir en parte estas evidentes deficiencias de la norma<sup>751</sup>, de modo que en la Ley 43/2006 aparecen incentivos económicos diferenciados para la contratación de personas con discapacidad, en función de la edad, el sexo y la tipología y grado de discapacidad. También se recuperó el incentivo originario de los Centros Especiales de Empleo, es decir el 100 por 100 de la totalidad de las cuotas empresariales de la Seguridad Social. Es más, en una decisión poco frecuente en esta materia, y que tiene mucho que ver con la acción llevada a cabo por distintas organizaciones relacionadas con el mundo de la discapacidad<sup>752</sup>, en el apartado 4 de la Disposición Transitoria primera de la Ley 43/2006 se estableció que los Centros Especiales de Empleo podrían aplicarse, siempre que tuvieran derecho a ello, las bonificaciones del 100 por 100 de las cuotas entre el 1 de julio de 2006 y la fecha de entrada en vigor de la propia Ley 43/2006, ordenando a la Tesorería General de la Seguridad Social que se impulsara de oficio la devolución de las diferencias en las cuotas correspondientes a los periodos ya ingresados<sup>753</sup>. Sin embargo, el asunto de las causas de exclusión reguladas en el artículo 6 de la Ley 43/2006 no quedó definitivamente resuelto, lo que provocó una nueva modificación legislativa, esta vez llevada a cabo por la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, cuyo artículo 7.2 da nueva redacción a ese artículo 6, que es la vigente, de acuerdo con la cual la exclusión establecida en la letra d) del apartado 1 no será de aplicación en el supuesto de contratación de trabajadores con discapacidad procedentes de Centros Especiales de Empleo, tanto en lo que se refiere a su incorporación a una empresa ordinaria, como en su posible retorno al Centro Especial de Empleo de procedencia o a otro Centro Especial de Empleo. Tampoco será de aplicación

---

<sup>751</sup> La acción de muchas organizaciones relacionadas con el mundo de la discapacidad fue decisiva en este proceso.

<sup>752</sup> En el número de Febrero de 2007 de la revista Formación y Empleo (CERMI) se dice lo siguiente: "se ha conseguido que la modificación tenga carácter retroactivo, debiendo la Tesorería General de la Seguridad Social impulsar de oficio la devolución de las diferencias de cuotas que correspondan", pág. 20.

<sup>753</sup> Esta última circunstancia pone de manifiesto, de manera inequívoca, que la omisión de esta bonificación en el Real Decreto ley 5/2006 fue un olvido del legislador que, una vez detectado, es reconocido por éste como un error.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

dicha exclusión en el supuesto de incorporación a una empresa ordinaria de trabajadores con discapacidad en el marco del programa de empleo con apoyo. Además, se establece que, en todo caso, las exclusiones de las letras c) y d) del artículo 6.1 de la Ley 43/2006 no se aplicarán si se trata de trabajadores con especiales dificultades para su inserción laboral<sup>754</sup>.

A las consecuencias de esta nueva regulación para los Centros Especiales de Empleo nos referiremos más adelante, dentro de este mismo capítulo. No obstante, resulta evidente que se mantienen causas de exclusión poco justificadas si lo que se pretende realmente es potenciar decididamente la incorporación de trabajadores con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario, y favorecer el tránsito al mismo desde los Centros Especiales de Empleo; para conseguir tales objetivos, muy probablemente fuera recomendable limitar más las causas de exclusión para estos supuestos, de modo que la situación se aproximara a la existente durante la vigencia del Real Decreto 1451/1983, en materia de bonificaciones. En todo caso, parece más recomendable vincular el incentivo al mantenimiento del empleo de los trabajadores con discapacidad contratados que obstaculizar su acceso al mismo al confundir las causas de exclusión de la contratación bonificada de estos trabajadores con las del acceso a estos incentivos para el resto de colectivos ahora integrados uniformemente en la Ley 43/2006.

### **B) Situación actual de las bonificaciones a la contratación indefinida de trabajadores con discapacidad: la Ley 43/2006**

Hay que comenzar señalando que, como ya sucedía con anterioridad, también la Ley 43/2006 mantiene en el nivel más alto de incentivación económica la contratación de trabajadores con discapacidad, respecto de la del resto de colectivos bonificados<sup>755</sup>. En el momento de su publicación, además de la

---

<sup>754</sup> También a estos efectos, se considerará que existen dichas especiales dificultades cuando el trabajador sea una persona con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100. También cuando la discapacidad sea física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100.

<sup>755</sup> Es destacable el hecho de que, incluso respecto de su inmediato antecesor, el Real Decreto Ley 5/2006, la Ley 43/2006 presenta un notable incremento de las cuantías de estas

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

contratación indefinida o temporal de las personas con discapacidad desempleadas<sup>756</sup>, se bonifica la de las víctimas de la violencia de género y la de personas en situación de exclusión social, y se bonifica igualmente la contratación indefinida de mujeres de cualquier edad -con diferentes grados de incentivación económica según los supuestos-, la de trabajadores mayores de cuarenta y cinco años, la de jóvenes menores de treinta años y la de cualquier trabajador inscrito como desempleado ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante, al menos, seis meses. Por otra parte, se incentiva económicamente la transformación en indefinidos de los contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración y de su transformación en indefinidos, y la de los contratos de duración determinada o temporales, incluidos los formativos, de relevo y de sustitución por jubilación, celebrados con anterioridad al 1 de julio de 2006, que se transformen en indefinidos antes del 1 de enero de 2007. En todos los casos señalados, los incentivos económicos que percibirán los beneficiarios<sup>757</sup> consisten en bonificaciones fijas a aplicar en las cuotas empresariales de la Seguridad Social<sup>758</sup>, los importes anuales de estas bonificaciones, para los colectivos distintos a los de las personas con discapacidad, oscilan entre 500 y 1.200 euros, y su duración entre 3 y 4 años, salvo en algunos casos para los que se prevé una

---

bonificaciones para la contratación laboral de personas con discapacidad. Los importes previstos para la contratación indefinida a jornada completa de trabajadores con discapacidad era, en el Real Decreto Ley 5/2006, de entre 3.000 y 3.200 euros al año, y los de la contratación temporal de 2.200 euros al año.

<sup>756</sup> El requisito de que se trate de personas desempleadas se extiende a la totalidad de colectivos que aparecen en este Programa de fomento del empleo, ya que en el artículo 1.1 de la Ley 43/2006 se dice que el mismo regula las bonificaciones por la contratación indefinida, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial e incluida la modalidad de fijo discontinuo, de los trabajadores desempleados inscritos en la Oficina de Empleo.

<sup>757</sup> Lo serán las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, y las sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena. Expresamente se declaran excluidos de los beneficios del Programa regulado en la Ley 43/2006 la Administración General del Estado y los Organismos regulados en el Título III y en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, así como las Administraciones Autonómicas y las Entidades Locales y sus Organismos públicos, salvo cuando se trate de Centros Especiales de Empleo de titularidad pública.

<sup>758</sup> También resulta novedosa esta circunstancia, ya que anteriormente, salvo en el caso de la contratación de trabajadores con discapacidad, las bonificaciones se venían aplicando normalmente sobre la cuota empresarial por contingencias comunes, y no sobre la totalidad de la cuota empresarial.



## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

duración indefinida. Sin embargo, en el caso de la contratación indefinida de trabajadores con discapacidad, las bonificaciones se extienden siempre a toda la vigencia del contrato, y los importes de las mismas se sitúan entre 4.500 y 6.300 euros. La especial intensidad de la medida de acción positiva dirigida a este colectivo resulta, pues, evidente.

### **a) El vigente programa de fomento del empleo: ámbito subjetivo**

Centrándonos en el contenido del Programa de fomento del empleo de la Ley 43/2006 en relación con las personas con discapacidad, hay que comenzar señalando que en el artículo 2.2.5) de la norma se establece la asimilación de la discapacidad y la incapacidad permanente a la que hemos hecho alusión en el capítulo 2 de esta obra, al decir que las bonificaciones serán aplicables a la contratación de personas que presenten un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100 -o la específicamente establecida en cada caso- incluyéndose los pensionistas de la Seguridad Social que 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 inutilidad. No se dice expresamente, pero habrá que entender que, al igual que establece el artículo 4.2 del TRLGD, quienes tengan reconocidas estas prestaciones se entenderá que presentan un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, pero si se pretende acreditar grados específicos de discapacidad contemplados en la Ley 43/2006 para los colectivos con mayores bonificaciones, tales grados deberán constar en el correspondiente certificado emitido por el Organismo competente para evaluar y determinar el grado de discapacidad, que normalmente pertenece a la Administración Autonómica. Para estos casos, por tanto, no será suficiente el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente.

Por otra parte, especial consideración merece la ya señalada exigencia de que la contratación que pretende generar derecho a bonificaciones se realice con un trabajador con discapacidad “desempleado”, que además deberá estar inscrito en

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

una Oficina de Empleo<sup>759</sup>. Pues bien, a falta de una determinación expresa en el redactado original de la Ley 43/2006, surge en este punto la duda sobre el alcance de esa expresión y las distintas consecuencias que la determinación del concepto de desempleado vaya a tener en el derecho a las bonificaciones del Programa de fomento del empleo. La única norma que contiene un concepto expreso de desempleo es el vigente TRLGSS, cuyo artículo 203 señala que se encuentran en contingencia de desempleo quienes “pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 208 de la presente Ley”. Este concepto, propio de la protección social, es extremadamente restrictivo, puesto que supondría apartar del Programa de fomento del empleo a todas aquellas personas con discapacidad que no han tenido ocupación previa, ya que en este caso no habrían podido perder un empleo anterior. Sin embargo, en el concepto legal de desempleo contenido en la TRLGSS se distingue entre desempleo total y desempleo parcial<sup>760</sup>, de modo que en materia de Seguridad Social tiene la condición de desempleado tanto aquel que carece por completo de empleo como quien tiene menos empleo, en términos de jornada, del que tenía en el pasado, y todo ello siempre que se den las circunstancias que la propia Ley establece. No parece que sea intención del legislador reservar las medidas de acción positiva para la contratación de trabajadores con discapacidad únicamente para aquellos que previamente ya hubieran tenido un empleo; es más, parece que precisamente los que jamás lo han tenido pudieran resultar especialmente indicados para ser destinatarios de estas acciones.

La cuestión, que suscitó numerosas dudas en la aplicación de la norma, y que generalmente se resolvieron con criterios administrativos muy restrictivos de la

---

<sup>759</sup> Tampoco se dice expresamente, pero la inscripción no puede tener otro sentido que la de ser demandante de empleo.

<sup>760</sup> El mismo artículo 203 del TRLGSS señala que el desempleo será total cuando el trabajador cese, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario; por otra parte, el desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, por decisión empresarial amparada en lo establecido en el artículo 47 del TRLET, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

apreciación de la condición de desempleado<sup>761</sup>, se resolvió con la modificación introducida en el artículo 1.1 de la Ley 43/2006 por la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. Antes de esta reforma, el mencionado artículo únicamente hacía referencia a los trabajadores desempleados inscritos en la Oficina de Empleo, pero ahora se dice expresamente que quedan incluidos en el Programa de fomento del empleo aquellos trabajadores que estén trabajando en otra empresa con un contrato a tiempo parcial, siempre que su jornada de trabajo sea inferior a un tercio de la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.

### **b) Las bonificaciones del programa de fomento del empleo**

Por lo que hace referencia a la cuantía de las bonificaciones recogidas en la Ley 43/2006 para la contratación indefinida de trabajadores con discapacidad, y siempre que los correspondientes contratos se celebren en el modelo oficial que facilite el Servicio Público de Empleo Estatal<sup>762</sup>, son las siguientes<sup>763</sup>:

- Una bonificación mensual de la cuota empresarial de la Seguridad Social o, en su caso, de su equivalente diario por trabajador con discapacidad contratado, de 375 euros/mes (4.500 euros/año) durante toda la vigencia del contrato.
- Una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, de su equivalente diario por trabajador contratado, de 425 euros/mes (5.100 euros/año) durante toda la vigencia del contrato<sup>764</sup>,

---

<sup>761</sup> Reservando tal consideración únicamente para quien carecía por completo de empleo.

<sup>762</sup> La referencia es especialmente restrictiva, de modo que la no utilización del modelo oficial facilitado por este Servicio estatal supondría la pérdida del derecho al acceso de la bonificación. Sin embargo, hay servicios públicos de empleo autonómicos, como el Servei d'Ocupació de Catalunya, dependiente del Departament d'Empresa i Ocupació de la Generalitat de Catalunya, que facilitan estos modelos en la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma. No parece, no obstante, que esta circunstancia pueda afectar al referido derecho a la bonificación, salvo que en el modelo facilitado en la otra lengua se hayan producido modificaciones de contenido respecto del modelo que pone a disposición el Servicio Público de Empleo Estatal.

<sup>763</sup> En todos los casos, las bonificaciones pueden mantenerse durante toda la vigencia del contrato.

<sup>764</sup> Tanto en este supuesto como en el anterior, se disfrutarán igualmente las bonificaciones en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento del empleo

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

siempre que el trabajador pertenezca a alguno de los colectivos de especial dificultad para el acceso al empleo, a los que ya hemos tenido ocasión de referirnos reiteradamente con anterioridad.

- Si el trabajador con discapacidad tiene en el momento de la contratación cuarenta y cinco o más años o si se trata de una mujer, la bonificación que corresponda de acuerdo con los párrafos anteriores se incrementará, respectivamente, en 100 euros/mes (1.200 euros/año) o en 70,83 euros/mes (850 euros/año), sin que ambos complementos puedan ser compatibles entre sí.
- Cuando se trate de trabajadores con discapacidad contratados por un Centro Especial de Empleo, mediante un contrato indefinido o temporal de cualquier tipo, 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. También el Centro Especial de Empleo disfrutará de la misma bonificación en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo de personas con discapacidad o de transformación en indefinidos de todos los contratos de duración determinada o temporales, incluidos los formativos suscritos con trabajadores con discapacidad<sup>765</sup>.

En todo caso, las bonificaciones no podrán superar el 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social<sup>766</sup> que hubiera correspondido ingresar, por lo

---

celebrados con personas con discapacidad, o de transformación en indefinidos de contratos formativos suscritos con trabajadores con discapacidad.

<sup>765</sup> El artículo 7.1 de la Ley 27/2009, ya citada, modificó el artículo 2.3 de la Ley 43/2006, que antes únicamente permitía estas bonificaciones en los supuestos de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo o de transformación en indefinidos de los contratos formativos. Actualmente, tras la indicada modificación, los Centros Especiales de Empleo se benefician de la bonificación del 100 por 100 de todas las cuotas empresariales por la transformación de cualquier contrato de naturaleza temporal en indefinido, recuperando de este modo la situación anterior a la entrada en vigor de la Ley 43/2006, pero tras unos años de restricción en este aspecto.

<sup>766</sup> Suscita dudas esta expresión, por cuanto *stricto sensu* la cuota empresarial “a la Seguridad Social” vendría referida a las Contingencias Comunes y a las Contingencias Profesionales, ya que el legislador, cuando quiere hacer referencia a las restantes cuotas las denomina “de recaudación conjunta”. De hecho, al establecer la bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales para los Centros Especiales de Empleo, expresamente se dice que se incluyen “las cuotas de recaudación conjunta”. La omisión de esta referencia al establecer el límite bonificado apunta a

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

que habrá supuestos en los que no se agotará el importe total de la bonificación prevista en la norma. Naturalmente, estos supuestos serán tanto más habituales cuanto más bajas sean las retribuciones de los trabajadores con discapacidad que generan el derecho a la bonificación<sup>767</sup>. Por otra parte, las bonificaciones previstas en la Ley 43/2006 no podrán, en concurrencia con otras medidas de apoyo público establecidas para la misma finalidad, superar el 60 por 100 del coste salarial anual correspondiente al contrato que se bonifica, salvo en el caso de los trabajadores con discapacidad contratados por los Centros Especiales de Empleo, en que se estará a lo establecido en la normativa reguladora de las ayudas y subvenciones destinadas a la integración laboral de las personas con discapacidad en estos Centros, y que veremos más adelante.

Por otra parte, cuando el contrato de trabajo se haya celebrado 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<sup>768</sup>, sin que en ningún caso pueda superar el 100 por 100 de la cuantía prevista<sup>769</sup>.

---

que tal límite se aplica sobre las cuotas de Seguridad Social, y no sobre las de recaudación conjunta.

<sup>767</sup> Recordemos el ejemplo que hemos visto anteriormente sobre un salario de 1.000 euros al mes de un trabajador con discapacidad contratado por tiempo indefinido y a jornada completa como administrativo, en el que claramente no se agotaría el importe previsto para la bonificación del contrato, sea cual fuere la tipología de la discapacidad y la edad y sexo del trabajador contratado.

<sup>768</sup> Salvo en el caso de los Centros Especiales de Empleo, que mantienen el derecho a bonificar el 100 por 100 de las cuotas empresariales, sea cual fuere la jornada del trabajador con discapacidad contratado.

<sup>769</sup> Esta regla fue introducida por la Ley 27/2009, puesto que en el redactado original del artículo 2.7 de la Ley 43/2006 se establecía una fórmula más compleja, de modo que las bonificaciones previstas en cada caso se aplicaban de manera proporcional de acuerdo con las siguientes proporciones: a) El 100 por 100, cuando la jornada laboral sea igual o superior a las tres cuartas partes de la jornada habitual o a tiempo completo. b) El 75 por 100, cuando la jornada laboral sea igual o superior a la mitad de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a las tres cuartas partes de dicha jornada. c) El 50 por 100, cuando la jornada laboral sea igual o superior a la cuarta parte de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a la mitad de dicha jornada. d) El 25 por 100, cuando la jornada laboral sea inferior al 25 por 100 de la jornada habitual o a tiempo completo.

**c) Requisitos de los beneficiarios y causas de exclusión del derecho a las bonificaciones del programa de fomento del empleo**

La Ley 43/2006, en su artículo 5 establece que los beneficiarios deben hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social tanto en la fecha de alta de los trabajadores como durante la aplicación de las bonificaciones correspondientes, de modo que si durante el periodo de bonificación existe una falta de ingreso en plazo reglamentario de dichas obligaciones, se producirá la pérdida automática de las bonificaciones respecto de las cuotas correspondientes a períodos no ingresados en dicho plazo. Por otra parte, también se exige a los beneficiarios no haber sido excluidos del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLISOS. Respecto de este segundo requisito, hay que señalar que, en el momento de la publicación de la Ley 43/2006, el artículo 46 del TRLISOS tenía una estructura y un contenido diferentes de los actuales; así, únicamente se preveían sanciones accesorias a los empresarios por la comisión de infracciones muy graves en materia de Empleo (artículo 16 del TRLISOS) y Seguridad Social (artículo 23 del TRLISOS), pero primero la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y después la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, han introducido relevantes modificaciones. Así, la primera de estas normas añadió a las infracciones muy graves contenidas en los artículos 16 y 23 del TRLISOS, que habilitaban la imposición de sanciones accesorias, la grave tipificada en el artículo 15.3 del mismo, referida al incumplimiento en materia de integración laboral de personas con discapacidad de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional. Por su parte, la Ley 13/2012 modificó la estructura del artículo 46 del TRLISOS, incluyendo en el primer párrafo lo que anteriormente constituía la totalidad del artículo, de modo que la traslación del artículo 46.2 antiguo se corresponde con la del actual 46.1.b), teniendo en

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

cuenta además que se produce una modificación material en el mismo, ya que el periodo de exclusión de las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo previsto en este precepto pasa a ser ahora de dos años, duplicando lo establecido antes de esta reforma.

Es evidente, pues, la discordancia existente en estos momentos entre la remisión efectuada por el artículo 5.b) de la Ley 43/2006 y el contenido de la norma a la que tal remisión se dirige. De hecho, el actual artículo 46.2 del TRLISOS establece que cuando la conducta del empresario dé lugar a la aplicación del tipo previsto en el artículo 22.2<sup>770</sup>, con independencia del número de trabajadores afectados, el plazo de exclusión podrá ser de un año<sup>771</sup>. Esta deficiencia en la técnica legislativa comporta graves problemas a la hora de apreciar si una empresa cumple o no el requisito de no haber sido excluida del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas, ya que la remisión al artículo 46.2 es, actualmente, completamente inaplicable, puesto que en el mismo únicamente se hace referencia a la especialidad del tiempo de exclusión en el supuesto de una única infracción, la del artículo 22.2 del TRLISOS que, por otra parte, no es muy grave, sino grave, por lo que tampoco sería posible apreciarla a estos efectos. No resulta sencillo resolver esta cuestión puesto que, si bien la pérdida del derecho a las bonificaciones no forma parte del derecho administrativo sancionador, ya que no tiene carácter punitivo, lo cierto es que el escaso acierto del legislador al señalar uno de los requisitos con tanta minuciosidad ha provocado que la modificación de la norma sancionadora provoque la inaplicación, de facto, de la exigencia de este requisito. Por otra parte, no parece razonable permitir que una empresa que ha sido sancionada por la comisión de infracciones muy graves en materia de Empleo y Seguridad Social pueda ser beneficiaria de ayudas públicas en forma de incentivos económicos a la contratación de personas con discapacidad; si cabe, todavía más descabellado es admitir que una empresa que es sancionada por incumplir la obligación de reserva en la contratación de

---

<sup>770</sup> No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido.

<sup>771</sup> Tal previsión tiene sentido, considerando que el plazo de exclusión previsto con carácter general actualmente es, como ya hemos señalado, de un año.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

trabajadores con discapacidad establecida en el artículo 42.1 del TRLGD pueda acceder a las señaladas ayudas. En todo caso, parece sensato convenir que la única vía de solución de este desatino, y de sus perniciosas consecuencias sobre estas medidas de acción positiva, no puede ser otra que la de modificar el artículo 5.b) de la Ley 43/2006; cuando esto suceda, sería recomendable relajar la minuciosidad en la remisión y en la precisión de la calificación de las infracciones, siendo suficiente remitir al artículo 46 del TRLISOS, suficientemente preciso y minucioso a estos efectos. En este sentido, quizá fuera recomendable plantearse la posibilidad de que la remisión abarcara también al artículo 46.bis del TRLISOS, que fue introducido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y que contempla también sanciones accesorias que provocan la pérdida de ayudas, bonificaciones y otros beneficios contemplados en los programas de fomento del empleo, para aquellos empresarios que hayan cometido las infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 13 y 13 bis) del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 del TRLISOS<sup>772</sup>.

Además de la necesidad de cumplir los dos requisitos que hemos visto anteriormente, y como ya hemos tenido ocasión de señalar, los beneficiarios de las bonificaciones por contratación indefinida de trabajadores con discapacidad previstas en la Ley 43/2006 no deben incurrir en ninguna de las causas de exclusión reguladas en su artículo 6, salvo las previstas en los párrafos a) y b) de su apartado primero<sup>773</sup>, que no afectan a este colectivo. No se aplicarán las

---

<sup>772</sup> Si bien es cierto que, en este caso, la causa de la pérdida del derecho a las bonificaciones deriva de conductas empresariales atentatorias contra el derecho a la igualdad por razón de sexo, no es menos cierto que favorecer a quienes incurrir en tales conductas con medidas de acción positiva en la contratación de personas con discapacidad, pertenecientes a otro colectivo sometido frecuentemente a discriminaciones, no parece una solución acertada.

<sup>773</sup> Relaciones laborales de carácter especial y contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes tengan el control empresarial, ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades o de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos. Esta última exclusión no será de aplicación en ningún caso cuando el empleador sea un trabajador autónomo que contrate como trabajador por cuenta ajena a los hijos menores de treinta años, tanto si conviven o no con él, o cuando se trate de un trabajador autónomo sin asalariados, y contrate a un solo familiar menor de cuarenta y cinco años, que no conviva en su hogar ni esté a su cargo.



## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

bonificaciones por contratación de trabajadores con discapacidad en los siguientes supuestos:

- Contrataciones realizadas con trabajadores que en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad<sup>774</sup> mediante un contrato por tiempo indefinido<sup>775</sup>.
- Trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en otra empresa en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato. Esta exclusión no se aplicará cuando la finalización del contrato sea por despido reconocido o declarado improcedente, o por despido colectivo.
- Las empresas que hayan extinguido o extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos bonificados quedarán excluidas por un periodo de doce meses de las bonificaciones establecidas en este Programa. La citada exclusión afectará a un número de contratos igual al de las extinciones producidas. El periodo de exclusión se contará a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo.

Sin embargo, y a pesar de la limitación de las causas de exclusión de la contratación bonificada de trabajadores con discapacidad respecto de las que afectan a otros colectivos, lo cierto es que las restricciones a la incorporación o reincorporación de un trabajador con discapacidad a una empresa provocan en la práctica numerosas disfunciones, especialmente en los Centros Especiales de Empleo. En estos casos, siendo la inserción de sus trabajadores en el régimen de

---

<sup>774</sup> A estos efectos también se contemplará el supuesto de vinculación laboral anterior del trabajador con empresas a las que el solicitante de los beneficios haya sucedido en virtud de lo establecido en el artículo 44 del TRLET.

<sup>775</sup> Para los restantes colectivos incluidos en el Programa de fomento del empleo de la Ley 43/2006 también es causa de exclusión que la contratación se realice con trabajadores que en los últimos seis meses mediante hubieran prestado servicios en la empresa o grupo con un contrato de duración determinada o temporal o mediante un contrato formativo, de relevo o de sustitución por jubilación.

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

empleo ordinario una de las finalidades que justifican su existencia<sup>776</sup>, tanto estos Centros como los propios trabajadores con discapacidad asumen el riesgo de perder las bonificaciones en el caso de que ese tránsito resulte fallido en un periodo breve de tiempo. Como ya hemos visto, con la finalidad de aliviar esa tensión, la Ley 27/2009 modificó el artículo 6.3 de la Ley 43/2006 para limitar la aplicación a la contratación bonificada de trabajadores con discapacidad de la causa de exclusión contenida en el apartado d) del artículo 6.1.

Finalmente, hay que señalar que, a pesar de que el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en su Disposición Transitoria sexta<sup>777</sup> llevó a cabo una importantísima supresión del derecho a las bonificaciones, la misma no ha afectado a las contenidas en la Ley 43/2006 para la contratación indefinida o temporal de personas con discapacidad, que se mantienen junto con las previstas para la contratación de personas víctimas de la violencia doméstica o terrorista y para las personas en situación de exclusión social. Las restantes bonificaciones previstas en este Programa de fomento del empleo dejaron de ser aplicables a partir del 1 de agosto de 2012.

### **C) Otras bonificaciones en la contratación indefinida de trabajadores con discapacidad**

Siendo, sin duda, el Programa de fomento del empleo contenido en la Ley 43/2006 el mecanismo más potente y completo desde el punto de vista de la acción positiva promocional de la contratación indefinida de trabajadores con discapacidad, existen otras normas que contemplan supuestos de incentivación económica para estas contrataciones. Conviene, por tanto, realizar una breve descripción de todas ellas, teniendo en cuenta que tras la publicación del Real Decreto Ley 20/2012 únicamente se mantienen en vigor las bonificaciones recogidas en las normas que se relacionan en su Disposición Transitoria sexta<sup>778</sup>.

---

<sup>776</sup> Artículo 43.1 del TRLGD.

<sup>777</sup> En la redacción dada a la misma por la Disposición Final quinta de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

<sup>778</sup> En la redacción dada a la misma por la Ley 13/2013, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

La relación de estas bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social por contrataciones indefinidas de trabajadores con discapacidad, vigentes tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, es la siguiente:

- Real Decreto-ley 18/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de trabajo celebrados con personas con discapacidad por la ONCE y se establecen medidas de Seguridad Social para las personas trabajadoras afectadas por la crisis de la bacteria "E.coli". En esta norma se establece una bonificación del 100 % en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta<sup>779</sup>, para los contratos de trabajo celebrados o que se celebren por la ONCE, con personas con discapacidad<sup>780</sup>, en cualquiera de las modalidades de contratación previstas en la legislación laboral y durante toda la vigencia de dichos contratos. La misma bonificación se disfrutará en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo de personas con discapacidad o de transformación en indefinidos de los contratos de duración determinada o temporales, incluidos los formativos suscritos con trabajadores con discapacidad.

Por lo que hace referencia a los requisitos para el acceso a estas bonificaciones, la norma se limita a exigir que la ONCE se encuentre al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, pero añade que en lo no previsto en la misma será de aplicación lo establecido en la sección primera del capítulo I de la Ley 43/2006; considerando que en dicha sección se hallan los artículos 5 y 6, hay que concluir que el acceso a estas bonificaciones está condicionado al cumplimiento de los requisitos

---

<sup>779</sup> Obsérvese, en relación con lo comentado del alcance de las bonificaciones de la Ley 43/2006, cómo el legislador precisa las cuotas afectadas por la bonificación, extendiéndolas a las de recaudación conjunta, a diferencia de lo que sucede en esa norma.

<sup>780</sup> A estos efectos, aquí también se entenderá por personas con discapacidad las incluidas en el artículo 4 del TRLGD. Consecuentemente, opera la asimilación con las personas que tengan reconocida una 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.

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

establecidos en la Ley 43/2006 y afectado por las causas de exclusión establecidas en la misma, y que hemos visto en este mismo apartado.

- Artículo 12.1.b 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. Esta norma establece que las empresas colaboradoras que contraten con carácter indefinido a un trabajador del enclave con discapacidad que presente especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta durante toda la vigencia del contrato.

### **4.1.5 Bonificaciones y reducciones de cuotas en la contratación temporal de personas con discapacidad**

También la contratación temporal es objeto de atención del legislador desde el punto de vista de la introducción de mecanismos incentivadores, en la mayor parte de los casos de naturaleza económica, de la contratación laboral de personas con discapacidad. A pesar de que las normas anteriores a la Ley 43/2006 habían venido fomentando económicamente de manera exclusiva la contratación indefinida de personas con discapacidad y de otros colectivos con dificultades de acceso al empleo, lo cierto es que poco a poco se va apreciando una marcada tendencia a incluir incentivos también en la contratación temporal<sup>781</sup>. Así, si bien en el redactado original del Real Decreto 1451/1983 no aparece ningún incentivo económico dirigido a la contratación temporal de trabajadores con discapacidad, el Real Decreto 170/2004 introduce una modificación en aquél que permite a las empresas que celebren contratos temporales de fomento del empleo con trabajadores con discapacidad, contratos formativos o contratos de duración determinada, siempre que en todos los casos la duración de los mismos

---

<sup>781</sup> En este ámbito de la contratación temporal, únicamente las contrataciones de personas con discapacidad, víctimas de violencia de género, víctimas de terrorismo y personas en situación de exclusión social han sido objeto de incentivación económica, si bien con diferente intensidad. La contratación laboral temporal de personas con discapacidad ha recibido siempre más apoyo económico que la de los restantes colectivos.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

sea igual o superior a doce meses, disfrutar de las ayudas destinadas a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de equipos de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales o para eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de los trabajadores con discapacidad, previstas en el artículo 12 del propio Real Decreto 1451/1983.

Parece que esta tendencia a extender las ayudas económicas a la contratación de trabajadores con discapacidad al ámbito de la contratación temporal de los mismos es una especie de asunción por parte del legislador de la desastrosa situación de empleo que presentan estos trabajadores, instrumentando una especie de “todo vale” a la hora de diseñar las políticas de empleo de este colectivo<sup>782</sup>. Esta circunstancia merece una reflexión, puesto que a pesar de que es indiscutible que estas medidas incentivadoras pueden ayudar a superar los prejuicios empresariales en relación con la contratación de trabajadores con discapacidad<sup>783</sup> y favorecen su incorporación a las empresas al combinar dos elementos especialmente atractivos para el empleador contratante, la temporalidad del contrato y el incentivo económico, no es menos cierto que simultáneamente favorece el incremento de la precariedad laboral de este colectivo, ya de por sí suficientemente pronunciada. En todo caso, hay que tener en cuenta que en un mercado de trabajo competitivo, y el español ha demostrado sobradamente poseer esta característica, el impulso de ciertas políticas de empleo incide en el desarrollo de otras, de modo que favorecer económicamente la contratación temporal de trabajadores con discapacidad puede influir negativamente en la contratación indefinida de estos trabajadores, muy especialmente si no se instrumentan mecanismos potentes de tránsito de una a otra modalidad contractual. A pesar de la presencia de estos mecanismos en nuestra normativa<sup>784</sup>, el hecho de que la contratación temporal de personas con

---

<sup>782</sup> CARDONA RUBERT, M., LÓPEZ I MORA, F., SARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ, J.: «Las medidas de integración laboral de las personas con discapacidad en las Comunidades Autónomas», en ROMERO RÓDENAS, M.J. (coordinadora): *Trabajo y Protección Social del Discapacitado*, op. cit., pág. 271.

<sup>783</sup> NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La integración laboral de las personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 203.

<sup>784</sup> La Ley 43/2006 contempla la misma bonificación para la contratación indefinida inicial de trabajadores con discapacidad que para la transformación en indefinidos de los contratos

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

discapacidad tenga incentivos económicos puede generar una práctica empresarial tendente a secuenciar el acceso de estos trabajadores al empleo, partiendo siempre de una contratación temporal inicial que permita al empresario apaciguar sus temores relativos a los costes del despido, aun cuando tales miedos no parecen tener una justificación razonable en estos casos después de las sucesivas reformas laborales que han afectado a las consecuencias económicas de los despidos<sup>785</sup>. Para evitar esta desajustada tendencia, convendría ponderar el importe de las bonificaciones de los contratos temporales de fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad, de modo que la diferencia económica entre éstos y los contratos indefinidos hiciera incuestionablemente más atractiva la contratación estable que la precaria<sup>786</sup>.

Por lo que hace referencia a la situación actual de las bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social en la contratación temporal de trabajadores con discapacidad, podemos efectuar la siguiente relación:

- Contrato temporal de fomento del empleo: la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en su artículo 44 creó esta modalidad contractual, caracterizada por la limitación del ámbito subjetivo, que inicialmente era universal<sup>787</sup>, a tres colectivos: beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, que llevaran inscritos como parados al menos un año en la Oficina de Empleo, trabajadores mayores de cuarenta y cinco años y

---

temporales de fomento del empleo celebrados con personas con discapacidad, o la transformación en indefinidos de contratos formativos suscritos con estos trabajadores (artículo 2.2.1, que permanece en vigor tras la publicación del Real Decreto Ley 20/2012).

<sup>785</sup> Tras la reforma laboral introducida por el Real Decreto ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la indemnización por despido improcedente se ha reducido a 33 días de salario por año de servicio, con un máximo de 24 mensualidades; además, han desaparecido los salarios de tramitación en estos despidos, salvo cuando se trate de un representante legal de los trabajadores o el empresario opte por la readmisión del trabajador despedido. Considerando que el contrato de fomento del empleo genera a favor del trabajador una indemnización de 12 días de salario por año de servicio, las diferencias económicas, combinadas con los incentivos recibidos por el empresario contratante, no parece que debieran condicionar la decisión empresarial sobre la modalidad contractual a adoptar, aunque de hecho lo hacen.

<sup>786</sup> Actualmente, esa diferencia no parece cumplir esta premisa, como tendremos ocasión de comprobar en este mismo apartado.

<sup>787</sup> Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento del empleo.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

trabajadores con discapacidad. Actualmente, como ya hemos visto, este contrato de trabajo únicamente puede celebrarse con estos últimos<sup>788</sup> y por empresas de inserción con trabajadores en situación de exclusión social<sup>789</sup>.

Este contrato podía tener una duración mínima de doce meses<sup>790</sup>, y una duración máxima de tres años, durante los cuales las empresas que cumplieran los requisitos establecidos en el mencionado artículo 44 de la Ley 42/1994<sup>791</sup> podían beneficiarse de reducciones porcentuales en las cuotas empresariales de la Seguridad Social por contingencias comunes<sup>792</sup>. Estas reducciones se transformaron en bonificaciones<sup>793</sup> y fueron sustituidas por cantidades fijas anuales tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2006, posteriormente derogado y sustituido por la Ley 43/2006, significando en la práctica un incremento notable del importe de estos incentivos económicos en la inmensa mayoría de los casos. Los importes de estas bonificaciones son, actualmente, los siguientes:

- Con carácter general, la bonificación ascenderá a 291,66 euros/mes (3.500 euros/año) durante toda la vigencia del contrato.
- La bonificación será de 341,66 euros/mes (4.100 euros/año) si el trabajador con discapacidad está incluido en alguno de los grupos que presentan especial dificultad para el acceso al empleo.

---

<sup>788</sup> Desde la entrada en vigor de la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, por la que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo.

<sup>789</sup> Artículo 15 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre.

<sup>790</sup> Estas duraciones máxima y mínima se mantienen inalteradas en la actualidad. No obstante, en su origen este contrato de fomento del empleo tenía una duración mínima de seis meses –Real Decreto 1989/1984- que fue ampliada posteriormente a doce meses por la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo.

<sup>791</sup> Entre los que figuraba que el contrato debía realizarse a jornada completa, requisito que desaparecerá posteriormente y que no figura entre los que hoy se recogen en la Ley 43/2006.

<sup>792</sup> En el caso de la contratación de trabajadores con discapacidad, tales reducciones eran del 75 por 100 con carácter general, si bien ascendían al 80 por 100 si se trataba de una mujer con discapacidad y al 90 por 100 si la mujer con discapacidad contratada tenía cuarenta y cinco o más años.

<sup>793</sup> Sin impacto, por tanto, en el presupuesto de la Seguridad Social a partir de ese momento.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

- Finalmente, si el trabajador tiene en el momento de la contratación 45 o más años, o si se trata de una mujer, la bonificación que corresponda se incrementará, en ambos supuestos, en 50 euros/mes (600 euros/año), siendo tales incrementos compatibles entre sí<sup>794</sup>.

Los requisitos, las causas de exclusión y las peculiaridades de las contrataciones a tiempo parcial para el acceso a las bonificaciones reguladas en la Ley 43/2006 de este tipo de contratación temporal son idénticos a los establecidos en esta norma para la contratación indefinida, pero con una peculiaridad que, en la práctica supone una restricción respecto de aquélla. Se trata de lo establecido en el apartado cuarto de la Disposición Adicional primera de la propia Ley 43/2006, de acuerdo con el cual no podrán celebrar este contrato temporal de fomento del empleo las empresas<sup>795</sup> que en los doce meses anteriores a la contratación hayan extinguido contratos indefinidos por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo<sup>796</sup>.

Tal como se define en la norma, la exclusión afectará a todos los supuestos en que la empresa haya extinguido cualquier contrato de trabajo indefinido, fuera o no bonificado, en los doce meses anteriores, y sin que exista regla de proporcionalidad entre el número de despidos realizados y el de contratos que no se pueden celebrar. De este modo, en el momento en que una empresa realice un despido improcedente o un despido colectivo, quedará apartada de la posibilidad de celebrar este contrato temporal durante un periodo de doce meses y, consecuentemente, del acceso a las bonificaciones previstas para el mismo en la Ley 43/2006<sup>797</sup>. Parece haber

---

<sup>794</sup> Curiosamente, esta compatibilidad entre los incrementos de bonificación por edad y por sexo no se contempla en la propia Ley 43/2006 para la contratación indefinida.

<sup>795</sup> En esta expresión necesariamente deben entenderse incluidos los Centros Especiales de Empleo.

<sup>796</sup> El periodo de exclusión se contará a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo.

<sup>797</sup> Tales bonificaciones serían en estos supuestos, de haberse practicado, indebidas. Únicamente plantea dudas el caso de los Centros Especiales de Empleo, ya que si uno de estos Centros hubiera celebrado contratos temporales de fomento del empleo durante el periodo de exclusión de



## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

una notable desproporción entre el hecho desencadenante de la exclusión y el alcance de ésta, cuando lo razonable sería que al menos, existiera una cierta relación, como ocurre con la causa de exclusión establecida en el artículo 6.2 de la propia Ley 43/2006, entre el número de despidos y el de contrataciones excluidas.

Hay que tener en cuenta, para finalizar, que estas bonificaciones se mantienen vigentes tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012, cuya Disposición Transitoria sexta las declara expresamente excluidas de la supresión de las bonificaciones que esta norma lleva a cabo.

- Contrato de trabajo en prácticas: regulado en el artículo 11.1 del TRLET, supone para el empresario que lo celebra con un trabajador con discapacidad, además del beneficio que representa que estos trabajadores puedan acceder a esta modalidad contractual en los siete años siguientes a la finalización de los estudios, la posibilidad de aplicar una reducción del 50 por 100 en la cuota por contingencias comunes en los términos establecidos en la Disposición Adicional segunda del propio TRLET. Inicialmente, se exigía que el contrato se hubiera celebrado a jornada completa, requisito que ya no existe tras la modificación introducida por la Ley 43/2006<sup>798</sup>.
- Contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje: regulado en el artículo 11.2 del TRLET, además de suponer ciertos beneficios no

---

doce meses, se habría estado aplicando la misma bonificación que si el contrato se hubiera celebrado expresamente por tiempo indefinido desde el inicio, puesto que estos Centros tienen derecho a una bonificación del 100 por 100 en todas las cuotas empresariales y para toda la contratación referida a trabajadores con discapacidad, ya sea indefinida o temporal (artículo 2.3 de la Ley 43/2006). Parece, por tanto, que en el caso de los Centros Especiales de Empleo, la exclusión afectaría a la naturaleza del contrato, pero no a las bonificaciones.

<sup>798</sup> Hay que señalar en este punto, y hacer extensiva esta consideración a todos los supuestos de bonificaciones o reducciones de cuotas no contemplados directamente en la Ley 43/2006, que la asimilación que contiene esta norma en su artículo 2.1.5 permite incluir a los pensionistas de la Seguridad Social que 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 inutilidad. Esta incorporación no parece posible respecto de aquellas bonificaciones o reducciones, como las contenidas en la Disposición Adicional segunda del TRLET, establecidas en normas que no contienen la citada asimilación. Esta cuestión ya se ha tratado de manera minuciosa en el capítulo segundo de esta obra.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

estrictamente económicos<sup>799</sup>, también en este caso la Disposición Adicional segunda del TRLET contempla una reducción del 50 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, que no se limita a las de contingencias comunes<sup>800</sup>. Hay que tener en cuenta, no obstante, puesto que se trata de un incentivo económico notablemente superior, que el artículo 3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, ha establecido que las empresas que a partir de su entrada en vigor celebren contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo, sean o no éstos personas con discapacidad, tendrán derecho durante toda la vigencia del contrato, incluidas las prórrogas, a una reducción de la totalidad de las cuotas empresariales, incluidas las de recaudación conjunta, del 100 por 100 si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75 por 100, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esa cifra<sup>801</sup>. Además, en estos casos se reducirá el 100 por 100 de las cuotas de los trabajadores a la Seguridad Social durante toda la vigencia del contrato, incluidas las prórrogas, resultando esta circunstancia extraordinariamente novedosa, puesto que hasta este momento no se habían trasladado a los costes sociales soportados por los trabajadores con discapacidad los incentivos económicos que disfrutaban las empresas que les daban ocupación. Cabría esperar, y parece deseable que así

---

<sup>799</sup> No existe, por ejemplo, límite de edad para la contratación para la formación y el aprendizaje de trabajadores con discapacidad, de modo que pueden ser contratados incluso por encima de los 30 años de edad establecidos con carácter extraordinario por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

<sup>800</sup> Hay que recordar que estos contratos tienen cuotas fijas de Seguridad Social. Las del año 2014 aparecen recogidas en el artículo 44 de la Orden ESS/106/2014, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

<sup>801</sup> Hay que tener en cuenta, además, que la propia Ley 3/2012 establece, en lo que parece un evidente intento de evitar que la mayoría de estas relaciones laborales se extingan al agotar estos contratos su duración máxima –recordemos que los trabajadores que los suscriben tienen, desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, protección por desempleo- que las empresas que, a la finalización de la duración inicial o prorrogada de los mismos, transformen en contratos indefinidos los contratos para la formación y el aprendizaje, cualquiera que sea la fecha de su celebración, tendrán derecho a una reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 euros/año, durante tres años. En el caso de mujeres, dicha reducción será de 1.800 euros/año. Tales reducciones se mantienen en vigor tras la publicación del Real Decreto Ley 20/2012.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

sucediera, que esta iniciativa se extienda en el futuro a todos los supuestos de contratación laboral temporal incentivada de trabajadores con discapacidad, ya que de este modo se podrían paliar en parte los efectos negativos que en la estabilidad en el empleo de estos trabajadores tiene la utilización de estas modalidades contractuales por parte de los empresarios que, por otra parte, se ven beneficiados con importantes descuentos en sus obligaciones de pago de cuotas a la Seguridad Social. No obstante, tal vez no sea la eliminación de la aportación del trabajador a la Seguridad Social la vía más adecuada para ello, por cuanto puede provocar en el mismo y, lo que sería peor, en el resto de trabajadores, una cierta pérdida de conciencia contributiva. El recurso a mecanismos de mejora de las condiciones económicas de estos trabajadores alejados de su relación con la obligación de cotizar de los mismos parece, por tanto, más adecuado.

Sobre el mantenimiento de estas reducciones –las de los contratos para la formación y el aprendizaje y las de los contratos en prácticas- tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012, hay que señalar que no aparecen entre los supuestos excluidos de la supresión del derecho a las bonificaciones de su Disposición Transitoria sexta. No obstante, en la misma se declara suprimido el derecho de las empresas a la aplicación de bonificaciones por contratación, mantenimiento del empleo o fomento del autoempleo, en las cuotas a la Seguridad Social y, en su caso, cuotas de recaudación conjunta, pero no se hace referencia alguna a los supuestos de reducciones de cuotas. Cuesta determinar si se trata de un defecto en la redacción de la norma o si, por el contrario, el legislador no quería que la supresión de incentivos económicos afectara a las reducciones de cuotas. No obstante, es difícil encontrar argumentos para sostener esta última posibilidad, máxime considerando que el presupuesto de la Seguridad Social se ve especialmente afectado por estas reducciones.

- Contrato de interinidad: la Disposición Adicional novena de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, ya citada, estableció que los contratos de interinidad, regulados en el artículo 15.1.c del TRLET, que se celebren con personas

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

con discapacidad desempleadas, para sustituir a trabajadores y trabajadoras con discapacidad que tengan suspendido su contrato de trabajo por incapacidad temporal durante el período que persista dicha situación, darán derecho a una bonificación del 100 por 100 de la totalidad de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de recaudación conjunta.

En este caso, la Disposición Transitoria sexta del Real Decreto Ley 20/2012 declara expresamente vigentes estas bonificaciones, por lo que son aplicables en la actualidad.

Hay que tener en cuenta, por último, que existe actualmente<sup>802</sup> un incentivo común a toda la contratación temporal de trabajadores con discapacidad en relación con las cuotas correspondientes a la contingencia de desempleo. En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 y en el artículo 32.2.1 de la Orden ESS/106/2014, de 31 de enero, que la desarrolla, a los contratos realizados con trabajadores que tengan reconocido un grado de discapacidad no inferior al 33 por ciento se les aplicará un tipo de cotización a la contingencia de desempleo del 7,05 por 100, del que el 5,50 por 100 será a cargo de la empresa y el 1,55 por 100 a cargo del trabajador. Esto supone que, cuando se celebre con un trabajador con discapacidad un contrato de trabajo de duración determinada se aplicará un tipo de cotización a esta contingencia inferior al que correspondería si el trabajador no perteneciera a este colectivo, y que sería del 8,30 por 100 si el contrato se celebrara a jornada completa, y del 9,30 por ciento si se hiciera a tiempo parcial<sup>803</sup>. Un nuevo ejemplo de la extensión a la contratación temporal de los beneficios económicos que supone la acción positiva para favorecer el empleo de estos trabajadores; en este caso, a diferencia de lo que sucede con carácter general –y con la única excepción, ya comentada, de los

---

<sup>802</sup> Años atrás, las distintas Leyes de Presupuestos Generales del Estado ya lo venían recogiendo.

<sup>803</sup> Circunstancialmente, la Disposición Adicional Primera del Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, ha reducido este tipo de cotización un punto, por lo que en el año 2014 será del 8,30 por 100.

contratos para la formación y el aprendizaje- también el trabajador ve reducida su cuota.

## **4.2 Fomento del autoempleo de las personas con discapacidad**

El fomento del trabajo por cuenta propia de las personas con discapacidad ha sido una constante en las políticas de empleo de los últimos años, tanto en la Unión Europea como en España, y se ha intensificado notablemente con la crisis económica. En este sentido, el denominado autoempleo tiene cada vez más relevancia dentro de los procesos de creación de empleo y está muy relacionado con la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo remunerado, resultando un instrumento muy frecuentemente utilizado para incrementar sus tasas de actividad y de empleo<sup>804</sup>.

La relevancia del autoempleo como mecanismo impulsor de la creación de ocupación se pone de manifiesto en los instrumentos de planificación estatales a partir de los criterios marcados en el ámbito comunitario europeo<sup>805</sup> desde la Estrategia conjunta de lucha contra el desempleo que se define durante el Consejo de Essen en diciembre de 1994<sup>806</sup>, del que surgirán los Programas Plurianuales de Empleo, y se refuerza a partir de la inclusión del autoempleo en noviembre de 1997 entre las medidas de fomento del empleo en el Título VIII del Tratado de Ámsterdam, constituyendo uno de los pilares básicos el fomento del denominado “espíritu de empresa”. A partir de ese momento, será constante la presencia en la normativa comunitaria de referencias al autoempleo, a través de ese espíritu de empresa, y en el “Consejo Europeo extraordinario de Lisboa (marzo de 2000): hacia la Europa de la innovación y el conocimiento” se dice expresamente que si Europa quiere ser la zona económica más competitiva del mundo, tendrá que mejorar también las condiciones de investigación y crear un clima favorable al espíritu emprendedor gracias, en particular, a la reducción de

---

<sup>804</sup> GARCÍA VALVERDE, M.: «Promoción y fomento del autoempleo», *Temas Laborales*, nº 81/2005, pág. 105.

<sup>805</sup> GUALDA ALCALÁ, F.: «El autoempleo de los trabajadores con discapacidad», en ROMERO RÓDENAS, M.J. (coordinadora): *Trabajo y Protección Social del Discapacitado*, op. cit., pág. 120.

<sup>806</sup> ORTÍZ LALLANA, M. CARMEN: «Autoempleo y fomento del espíritu empresarial en la Unión e la Unión Europea», *Relaciones Laborales*, nº 7-8 Abril/2000, pág. 20.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

los gastos vinculados a la burocracia. Por lo que hace referencia a las directrices para el empleo en el ámbito europeo, también en ellas el autoempleo está presente como mecanismo de fomento de la ocupación; así, en la Decisión 2010/707/CE del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, expresamente se hace referencia al fomento del espíritu emprendedor, y a la promoción del desarrollo de las pequeñas y medianas empresas (PYME) para ayudar a convertir las ideas creativas en productos, servicios y procesos que puedan generar crecimiento, empleos sostenibles y de calidad y cohesión territorial, económica y social y que permitan afrontar de manera más eficiente los retos derivados de los cambios sociales en Europa y en el mundo<sup>807</sup>. Esta norma introduce el concepto de “crecimiento integrador”, que consiste en construir una sociedad cohesionada en la que se capacite a las personas para prever y gestionar el cambio, participando así activamente en la sociedad y la economía<sup>808</sup>.

En definitiva, el autoempleo se presenta como un mecanismo especialmente útil para lograr la inserción laboral de los colectivos que encuentran más dificultades para su incorporación al trabajo por cuenta ajena, como es el caso de las personas con discapacidad<sup>809</sup>. En la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad es claramente visible el impulso de esta alternativa al empleo, al fijarse como uno de los objetivos de la misma el establecimiento de planes de promoción del autoempleo y de fomento de la iniciativa empresarial para personas con discapacidad que contemplen líneas tanto de asesoramiento como de apoyo financiero.

El impulso de estas medidas en el ámbito europeo ha tenido, como no podía ser de otro modo, traslación visible a nuestra normativa interna, que por otra parte ya

---

<sup>807</sup> Estas orientaciones se enmarcan dentro de la Estrategia Europa 2020, señalando que los Estados miembros y la Unión Europea deben aplicar reformas dirigidas al “crecimiento inteligente”, es decir, el crecimiento impulsado por el conocimiento y la innovación.

<sup>808</sup> Consecuentemente, las reformas aplicadas por los Estados miembros deben garantizar a todos los ciudadanos acceso y oportunidades a lo largo de toda su vida, reduciendo así la pobreza y la exclusión social mediante la eliminación de los obstáculos a la participación en el mercado laboral, especialmente para las mujeres, los trabajadores de mayor edad, los jóvenes, las personas con discapacidad y los emigrantes en situación regular.

<sup>809</sup> GARCÍA VALVERDE, M.: «Promoción y fomento del autoempleo», op. cit., pág. 107.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

se había mostrado anteriormente favorecedora del impulso del autoempleo como mecanismo activador de la actividad de las personas con discapacidad<sup>810</sup>. No obstante, estas medidas resultarán más visibles tras la entrada en vigor de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, y presentan un considerable impulso en los años siguientes a esta Ley, llegando incluso a instaurarse en nuestra normativa un concepto hasta entonces prácticamente desconocido, por impreciso, que es el de emprendedor<sup>811</sup>, y que aparece tanto en las normas estratégicas<sup>812</sup> como en la legislación positiva<sup>813</sup>, sin que exista un concepto jurídicamente preciso de esta figura.

En un contexto de crisis, como ya hemos señalado, el autoempleo adquiere un papel destacado como salida a la situación de acusada falta de empleo. Naturalmente, la acción positiva en este ámbito acostumbra a utilizar mecanismos de incentivación económica que permitan a las personas con discapacidad que pretenden iniciar una actividad por cuenta propia aliviar los costes de inicio y

---

<sup>810</sup> La Orden de 31 de julio de 1972, en su artículo 5 ya preveía la posibilidad, todavía vigente en la actualidad, de que, en caso de incapacidad permanente total, la prestación consistente en la pensión vitalicia pudiera excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años. La cuantía de la indemnización será equivalente al importe de ochenta y cuatro mensualidades de la pensión, siempre que el beneficiario tuviese menos de cincuenta y cuatro años de edad en el momento de formular la petición, aplicándose en caso de que supere esa edad la escala que incluye el mencionado artículo 5. Para acceder a esta indemnización se requiere que se presuma que las lesiones determinantes de la incapacidad no sean susceptibles de modificación que pueda dar lugar en lo sucesivo a una revisión de la incapacidad declarada y que se acredite por el beneficiario que se encuentra realizando trabajos por cuenta ajena o propia, incluidos en el campo de aplicación de alguno de los Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social o, en otro caso, que el importe de la indemnización se invertirá en la preparación o desarrollo de nuevas fuentes de ingreso como trabajador autónomo, siempre que se acredite la aptitud necesaria para ello.

<sup>811</sup> En la exposición de motivos de la Ley 20/2007 se dice que su Título V está dedicado al fomento y promoción del trabajo autónomo, estableciendo medidas dirigidas a promover la cultura emprendedora. Así se refleja en el apartado 1.d) de su artículo 27. Por su parte, el artículo 29 ordena a los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias y en el marco de los compromisos asumidos en la Unión Europea, la adopción de programas de ayuda financiera a las iniciativas económicas de las personas emprendedoras, atendiendo a la necesidad de tutela de los colectivos con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, en una referencia que claramente incluye al de las personas con discapacidad.

<sup>812</sup> En la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad se hace referencia, por ejemplo, al establecimiento de programas específicos de acciones formativas para fomentar la “capacidad emprendedora” de las personas con discapacidad. También se hace referencia al fomento del espíritu emprendedor y de la creación de empresas.

<sup>813</sup> El artículo 4 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, crea incluso una modalidad contractual por tiempo indefinido denominada “de apoyo a los emprendedores”.

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

mantenimiento de la misma. Podemos clasificar estos mecanismos, atendiendo a sus peculiares características, del siguiente modo:

- Subvenciones.
- Bonificaciones y reducciones en las cuotas del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
- Capitalizaciones de las prestaciones por desempleo.
- Medidas de fomento de la contratación mercantil o civil de trabajadores por cuenta propia con discapacidad.

### **4.2.1 Subvenciones para el fomento del autoempleo de personas con discapacidad**

Al igual que sucede con el fomento de la contratación laboral de las personas con discapacidad, el autoempleo de estas personas se impulsa mediante incentivos económicos directos en forma de subvenciones, para cuyo régimen jurídico vale, con carácter general, lo ya dicho en el apartado anterior.

Tras la publicación de la LISMI, el conjunto de medidas de fomento del empleo puestas en vigor a partir de 1983 se basó en dos principios fundamentales: la adaptación, imprescindible en épocas de crisis, del Derecho del Trabajo a las auténticas necesidades empresariales, y la incentivación mediante la concesión de subvenciones para la contratación de determinados colectivos, siempre protegibles, con el fin de conseguir que el principio de igualdad sea realmente efectivo, y mucho más cuando la amplia oferta de mano de obra hace aún más difícil su integración en el mercado de trabajo. Este planteamiento, que parece de plena actualidad en el actual contexto de crisis, es el que se reflejaba en la exposición de motivos de la Orden de 21 de febrero de 1986, por la que se establecen diversos Programas de apoyo a la creación de empleo. En esta norma se hacía patente la necesidad de adaptar la política de empleo española a las orientaciones comunitarias y para ello, entre otras medidas, fomentar el trabajo autónomo. En consecuencia con esta premisa, esta Orden viene a completar la legislación dirigida a fomentar la integración sociolaboral de las personas con



## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

discapacidad fuera del ámbito del mercado ordinario de trabajo por cuenta ajena, y para ello se establecen subvenciones a los Centros Especiales de Empleo y a las personas con discapacidad que decidan realizar un trabajo por cuenta propia en aquellas profesiones para las que estén capacitadas.

Con esa finalidad, la Orden de 21 de febrero de 1986 dedica el Programa V a la integración laboral de las personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo y trabajo autónomo, pretendiendo promover y ayudar a financiar aquellos proyectos que faciliten la constitución en trabajadores autónomos o por cuenta propia a las personas con discapacidad. Para ello, se establecían dos tipos de ayudas<sup>814</sup>:

- Subvenciones parciales de los intereses de los préstamos que obtuvieran de cualesquiera entidades de crédito, públicas o privadas. Estas ayudas tenían como límite máximo seis puntos del tipo de interés<sup>815</sup> fijado por la entidad de crédito, pública o privada, que conceda el préstamo al solicitante, pagadera de una sola vez, en cuantía calculada como si la subvención se devengase cada año de la duración del mismo, incluido el posible periodo de carencia. Los préstamos, para ser subvencionables, debían ser concedidos por aquellas sociedades de crédito que tuvieran suscrito un convenio a tal objeto con el entonces denominado Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y siempre teniendo en cuenta los criterios para la concesión de las subvenciones que se establecían en el artículo 8 de la propia Orden de 21 de febrero de 1986<sup>816</sup>.

---

<sup>814</sup> La Orden de 22 de marzo de 1994 estableció las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones de los programas de promoción de empleo autónomo reguladas en la Orden de 21 de febrero de 1986.

<sup>815</sup> Téngase en cuenta que en año 1986 el interés legal del dinero era el 10,50 por 100.

<sup>816</sup> Tales criterios eran los siguientes: la incidencia social y sobre el empleo en el entorno geográfico en que se desarrolle la actividad; la adecuación a la política de reconversión industrial adoptada en el sector, en su caso; la organización y gerencia de que disponga la empresa, así como la adecuada dimensión y cualificación de su plantilla; las aportaciones económicas de los trabajadores, especialmente cuando hayan recibido indemnizaciones y/o prestaciones del estado o de las empresas a las que hubiera pertenecido o percibido la prestación por desempleo de una sola vez; y, finalmente, la situación de los débitos que pudieran existir por parte de la entidad solicitante con la Seguridad Social y la hacienda pública, de forma que se facilite el cumplimiento de las obligaciones que tengan contraídas.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

- Subvenciones de hasta 400.000 pesetas como máximo, para inversión en capital fijo.

Posteriormente, 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 las personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo y trabajo autónomo, derogó el Programa V de la Orden de 21 de febrero de 1986 y, consecuentemente, el desarrollo del mismo en la Orden de 22 de marzo de 1994. Las subvenciones para el autoempleo de las personas con discapacidad pasaron, a partir de entonces, a estar reguladas en esta Orden de 16 de octubre de 1998, uno de cuyos objetivos era financiar aquellos proyectos empresariales de trabajadores con discapacidad desempleados, hubieran desempeñado o no con anterioridad actividades profesionales por cuenta propia o ajena<sup>817</sup>, que pretendieran constituirse como trabajadores autónomos. Para ello, se prevén las siguientes ayudas:

- Una subvención parcial de los intereses de los préstamos que obtengan de aquellas entidades de crédito, públicas o privadas, que tengan suscrito un convenio a tal objeto con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. En este caso, la subvención será, como máximo, de tres puntos del tipo de interés<sup>818</sup> fijado por la entidad que concede el crédito al solicitante en análogos términos a los establecidos en la Orden de 21 de febrero de 1986. Esta subvención no podía superar la cuantía de 750.000 pesetas, salvo casos excepcionales expresamente autorizados por el MTAS, y estaba sometida a los criterios establecidos en la propia Orden de 16 de octubre de 1998<sup>819</sup>.

---

<sup>817</sup> GUALDA ALCALÁ, F.: «El autoempleo de los trabajadores con discapacidad», en ROMERO RÓDENAS, M.J. (coordinadora): *Trabajo y Protección Social del Discapacitado*, op. cit., pág. 127.

<sup>818</sup> Téngase en cuenta que en el año 1998 el interés legal del dinero era del 5,50 por 100.

<sup>819</sup> En este caso, se hacía referencia a la trascendencia social y sobre el empleo en el entorno geográfico en que se desarrollara la actividad, especialmente si ésta incide en el ámbito de los nuevos yacimientos de empleo; a la aportación económica del trabajador, especialmente cuando hubiera recibido indemnizaciones de las empresas a las que hubiera pertenecido o percibido la prestación por desempleo de una sola vez; y, por último, a la situación de los débitos que pudieran existir por parte del solicitante con la Seguridad Social y la Hacienda Pública, de forma que se facilitara el cumplimiento de las obligaciones que tenga contraídas.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

- Una subvención de 650.000 pesetas para inversión en capital fijo.

En este caso, se establecieron como requisitos para acceder a las subvenciones hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, y presentar una memoria explicativa del proyecto objeto de las subvenciones. Además, se exige ser desempleado y figurar inscrito como demandante de empleo en la Oficina correspondiente, así como el correspondiente certificado de discapacidad, requisitos de dudoso encaje tratándose de autoempleo<sup>820</sup>.

Éste fue el marco regulador de las subvenciones al autoempleo de las personas con discapacidad hasta que el contenido de la Orden de 16 de octubre de 1998 en esta materia fue derogado por la Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio, por la que se regula la concesión de subvenciones al programa de promoción del empleo autónomo<sup>821</sup>. Al igual que sucediera con las bonificaciones a la contratación laboral de personas con discapacidad, que pasaron a integrarse en una norma general -la Ley 43/2006- las subvenciones para el fomento del autoempleo de las personas con discapacidad<sup>822</sup> se integran también en la Orden TAS/1622/2007, que comprende las destinadas no solamente a este colectivo, sino a otras personas afectadas por especiales dificultades para el acceso al empleo<sup>823</sup>.

---

<sup>820</sup> MOLINA HERMOSILLA, O.: «El autoempleo como solución -más pretendida que real- para la inserción de colectivos más desfavorecidos», *Aranzadi Social*, nº 16/2007, págs. 51 y sig.

<sup>821</sup> Esta norma derogó definitivamente la Orden de 21 de febrero de 1986, y la Orden de 22 de marzo de 1994, así como las referencias a las subvenciones para la constitución como autónomos de trabajadores con discapacidad desempleados contenidas en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 16 de octubre de 1998.

<sup>822</sup> En este caso, y al tratarse de una norma posterior a la LIONDAU, se adopta el concepto de persona con discapacidad que se establece en el artículo 1.2 de esta norma, al que se remite el artículo 8.2 de la Orden TAS 1622/2007. Por tanto, operará la asimilación de los pensionistas de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez y de y de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

<sup>823</sup> En el artículo 2 se establece que serán beneficiarios de las subvenciones previstas en el programa regulado en la propia Orden TAS/1622/2007 las personas desempleadas e inscritas como demandantes de empleo, en los Servicios Públicos de Empleo, cuando se establezcan como trabajadores autónomos o por cuenta propia, pertenecientes a alguno de los siguientes colectivos: desempleados en general, jóvenes desempleados de 30 o menos años, mujeres desempleadas, desempleados con discapacidad, o mujeres desempleadas con discapacidad. Esta secuencia no

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

En la norma vigente se han tenido en cuenta las cuestiones competenciales que afectan a esta materia desde el punto de vista territorial, de modo que la Orden TAS/1622/2007 establece las subvenciones cuya gestión corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal, sin perjuicio de las que puedan establecer las distintas Comunidades Autónomas<sup>824</sup>, fijando además unos marcos máximos de referencia cuya concreción corresponderá a los órganos de estas últimas, competentes en la materia. Así, el artículo 9 establece que las medidas de acción positiva tendrán naturaleza de mínimos, sin perjuicio de las medidas que puedan establecer las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias<sup>825</sup>, las cuales, por otra parte, determinarán en su propia normativa las características de las subvenciones y el procedimiento de concesión en su ámbito territorial de gestión.

Sobre estas bases, la Orden TAS/1622/2007 establece las siguientes subvenciones:

- Subvención, de hasta un máximo de 8.000 euros para los hombres con discapacidad, y de 10.000 euros para las mujeres con discapacidad, por el establecimiento como trabajador autónomo o por cuenta propia. La cuantía de la subvención se determinará por los órganos competentes de la Administración General del Estado o de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, graduándose en función de la dificultad para el acceso al mercado de trabajo del solicitante, pero teniendo en cuenta que en el supuesto de mujeres víctimas de violencia de género, las

---

es ociosa, y tiene sentido en un creciente grado de dificultad para el acceso al empleo y, consecuentemente, una mayor intensidad de la ayuda económica en cada caso.

<sup>824</sup> En este sentido, hay ejemplos de todo tipo. Algunas Comunidades Autónomas se limitan a reproducir el contenido de la norma estatal por lo que hace referencia al importe de las ayudas, siendo esta la situación más común. No obstante, en algunos casos –Extremadura o Castilla y León, por ejemplo- se han superado esos importes, si bien la tendencia en la actual época de crisis se ha invertido, y hay casos, como el de Cataluña, en los que se han reducido las cuantías de las ayudas. Así sucedió, por ejemplo, en esta Comunidad Autónoma con la Orden TRE/123/2009, de 9 de marzo y con la Orden TRE/605/2010, de 22 de diciembre (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya de 26 de marzo de 2009 y 28 de diciembre de 2010, respectivamente).

<sup>825</sup> No obstante, la norma estatal concreta en qué podrán consistir estas medidas, al señalar que podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Los apoyos complementarios podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación. Además, se dice que las Administraciones públicas garantizarán que las ayudas y subvenciones públicas promuevan la efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

subvenciones correspondientes a mujeres con discapacidad se incrementarán hasta en un 10 por ciento.

La concesión de esta ayuda estará condicionada a que el beneficiario realice una inversión en inmovilizado necesario para el desarrollo de la actividad por cuantía no inferior a 5.000 euros<sup>826</sup> en el periodo comprendido entre los tres meses anteriores al inicio de la actividad y los seis meses posteriores a dicho inicio. La solicitud de la subvención deberá presentarse en el plazo comprendido en ese mismo lapso de tiempo, pudiéndose presentar tanto antes como después de la ejecución del proyecto de inversión, pero siempre con anterioridad al pago de la subvención.

- Subvención financiera, de hasta un máximo de 4 puntos del interés fijado<sup>827</sup>, para reducir los intereses de los préstamos destinados a financiar las inversiones para la creación y puesta en marcha de la empresa. Esta subvención se pagará de una sola vez, en cuantía calculada como si se devengase cada año, incluido el posible periodo de carencia, y el límite máximo y las condiciones de acceso a la misma son idénticos a los referidos en el párrafo anterior. En el caso de microcréditos concedidos por el Instituto de Crédito Oficial o por otras entidades de crédito la subvención podrá llegar a cubrir el coste total de los gastos financieros, siempre con los límites referidos anteriormente.
- Subvención para asistencia técnica, con la finalidad de financiar parcialmente la contratación, durante la puesta en marcha de la empresa, de los servicios externos necesarios para mejorar el desarrollo de la actividad empresarial, así como para la realización de estudios de viabilidad, organización, comercialización, diagnosis u otros de naturaleza análoga. Estos servicios deben ser prestados por las asociaciones de trabajadores autónomos con carácter intersectorial y con suficiente implantación en el ámbito territorial correspondiente, o bien por otras

---

<sup>826</sup> No se incluye en este importe el IVA o los impuestos indirectos equivalentes cuando sean susceptibles de recuperación o compensación.

<sup>827</sup> La Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, fija el interés legal del dinero para este año en el 4,0 por 100.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

personas jurídicas o personas físicas especializadas que reúnan garantías de solvencia profesional. En todo caso, la cuantía de esta subvención podrá alcanzar hasta el 75 por 100 del coste de los servicios prestados, con un tope de 2.000 euros, debiendo presentarse las solicitudes en el plazo de los seis meses posteriores al inicio de la actividad.

- Subvención para formación, con la finalidad de financiar parcialmente los cursos relacionados con la dirección y gestión empresarial y nuevas tecnologías de la información y la comunicación, a fin de cubrir las necesidades de formación del trabajador autónomo, durante la puesta en marcha de la empresa. Esta formación habrá de ser prestada por las mismas asociaciones o personas previstas para la subvención para asistencia técnica, y su cuantía podrá cubrir hasta el 75 por 100 del coste de los cursos recibidos, con un máximo de 3.000 euros.

Por lo que hace referencia a los beneficiarios, además de cumplir las obligaciones establecidas con carácter general en el artículo 14 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y las demás establecidas en la Orden TAS/1622/2007 o las que establezcan las Administraciones competentes, estarán obligados a realizar la actividad que fundamente la concesión de la ayuda o subvención, y a mantener su actividad empresarial y su alta en Seguridad Social o equivalente<sup>828</sup> durante al menos tres años. En caso de incumplimiento, procederá el reintegro de las subvenciones percibidas, de forma proporcional al tiempo que reste para el cumplimiento de los tres años, de acuerdo con los criterios de graduación que establezcan las Administraciones competentes, según lo

---

<sup>828</sup> La norma parece referirse a aquellos supuestos en los que, por estar incluida la actividad profesional por cuenta propia en el ámbito de un determinado colegio profesional, de contar éste con una Mutualidad debidamente adaptada a las condiciones establecidas en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, pudiera no resultar exigible el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social. En este sentido, la Disposición Adicional decimoquinta de la citada Ley establece que quedan exentos de la obligación de alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos los colegiados que opten o hubieren optado por incorporarse a la Mutualidad de Previsión Social que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional, siempre que la citada Mutualidad sea alguna de las constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento de Entidades de Previsión Social, aprobado por el Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre. En todo caso, si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la Mutualidad correspondiente, no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

dispuesto en el artículo 37.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones<sup>829</sup>.

Para finalizar este apartado dedicado a las subvenciones al autoempleo de las personas con discapacidad, hay que hacer referencia a la Orden TAS/3501/2005, de 7 de noviembre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para el fomento del empleo y mejora de la competitividad en las cooperativas y sociedades laborales<sup>830</sup>. Esta norma específicamente establece subvenciones para la incorporación de trabajadores desempleados con dificultades de acceso al empleo, entre los que se encuentran las personas con discapacidad, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales<sup>831</sup>, y siempre que esta incorporación suponga un incremento del empleo, considerando el número de socios trabajadores o de trabajo y el número de trabajadores con contrato indefinido, respecto de la media de los doce meses anteriores a la fecha de incorporación de los nuevos socios por los que se percibe la ayuda. En el caso de las personas con discapacidad, la Orden TAS/3501/2005 prevé subvenciones de 10.000 euros por las incorporaciones por tiempo indefinido y a jornada completa, reduciéndose proporcionalmente en el caso de jornadas a tiempo parcial.

En este ámbito, hay que señalar que la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad hace una especial referencia a la incorporación de las personas con discapacidad en empresas de economía social, previendo que se refuercen las ayudas en estos casos. En el momento en que se publicó esta Estrategia no existía una normativa específica para estas empresas,

---

<sup>829</sup> No obstante, se establecen como excepción a esta obligación de reintegro aquellos casos en que se acrediten causas ajenas a la voluntad del beneficiario, y siempre que el cumplimiento se aproxime de forma significativa al cumplimiento total y se acredite por el beneficiario una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos.

<sup>830</sup> Esta Orden vino a sustituir a diversas normas vigentes hasta entonces en esta materia. En concreto, deroga la Orden TAS/216/2004, de 20 de enero, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para el fomento del empleo y mejora de la competitividad en las cooperativas y sociedades laborales, que a su vez había derogado la Orden de 29 de diciembre de 1998, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas y subvenciones públicas con cargo al programa "Desarrollo de la Economía Social", modificada por la Orden de 24 de noviembre de 1999, y la Orden de 26 de noviembre de 2001, que la complementaba.

<sup>831</sup> Siempre que no hubieran ostentado tal condición en los dos años anteriores.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

pero esta situación ha cambiado tras la publicación de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social. Esta Ley incluye dentro de este ámbito, además de las cooperativas y las sociedades laborales, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las empresas de inserción, los Centros Especiales de Empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios establecidos en la propia Ley de Economía Social. No obstante, no hay en la misma ninguna previsión específica relacionada con el empleo o el autoempleo de las personas con discapacidad.

### 4.2.2 Bonificaciones y reducciones en las cuotas del RETA

Sobre las condiciones generales de cotización establecidas para este Régimen Especial en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado<sup>832</sup>, el legislador ha previsto la posibilidad de que la cuota a ingresar por el trabajador autónomo con discapacidad se vea reducida en determinados supuestos. Así, la Disposición Adicional undécima de la Ley 45/2002<sup>833</sup>, en la redacción dada a la misma por el número dos del artículo 1 del Real Decreto Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, establece que las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100<sup>834</sup>, que causen alta inicial en el RETA o como trabajadores por cuenta propia en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, se beneficiarán, durante los cinco años siguientes a la fecha de efectos del alta, de una bonificación del 50 por 100 de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal. Por lo tanto, y aunque pudiera parecer que se trata de una bonificación porcentual, en realidad es una bonificación de cuantía fija, sea cual fuere la base de cotización del trabajador autónomo con discapacidad, por

---

<sup>832</sup> Para el año 2014, Ley 22/2013, de 23 de diciembre.

<sup>833</sup> Exceptuada de la supresión del derecho a las bonificaciones establecido por la Disposición Transitoria sexta del Real Decreto Ley 20/2012 y, por tanto, plenamente vigente después de agosto de 2012.

<sup>834</sup> No consta en esta norma la asimilación prevista en el artículo 1.2 de la LIONDAU.



## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

cuanto se aplica siempre sobre la misma base mínima, si bien ésta podrá variar cada año<sup>835</sup>.

El nuevo redactado de esta Disposición Adicional undécima de la Ley 45/2002 resuelve algunas dudas que generaba su redacción original y suscita algunas nuevas. Así, ahora se hace referencia al “alta inicial” del trabajador autónomo con discapacidad, mientras que originariamente se hablaba únicamente de las personas con discapacidad “que se establezcan como trabajadores por cuenta propia”, lo que hacía plantear la posibilidad de que cupiera la bonificación aun en supuestos en los que ya se había realizado con anterioridad una actividad por cuenta propia<sup>836</sup>, algo que ahora no parece posible. Por otra parte, si bien se ha mantenido la intensidad económica de la medida en el 50 por 100 de la cuota mínima vigente en cada momento, se ha aumentado la duración del periodo de bonificación, que pasa de tres a cinco años.

También han variado los requisitos formales, puesto que en la redacción original de la Disposición analizada se exigía que el proyecto de autoempleo fuera autorizado por la Administración competente, requisito que desaparece en el redactado vigente, provocando de este modo las consecuencias ya analizadas anteriormente al tratar los distintos efectos que el control previo y el control *a posteriori* tienen en el sistema de subvenciones y en el de bonificaciones, respectivamente<sup>837</sup>. Finalmente, se ha producido una ampliación del ámbito subjetivo de esta medida de acción positiva para el autoempleo de personas con discapacidad, puesto que ahora se incluye también a los trabajadores por cuenta

---

<sup>835</sup> En el año 2014, el importe de la bonificación mensual será de 130,48 euros, sea cual fuere la base de cotización del trabajador autónomo con discapacidad. Esta cantidad resulta de aplicar el 50 por 100 de bonificación al resultado de multiplicar la base mínima vigente, es decir, 875,70 euros, por el tipo vigente del 29,80 por 100.

<sup>836</sup> GUALDA ALCALÁ, F.: «El autoempleo de los trabajadores con discapacidad», en ROMERO RÓDENAS, M.J. (coordinadora): *Trabajo y Protección Social del Discapacitado*, op. cit., pág. 141.

<sup>837</sup> De hecho, lo habitual, tratándose de una bonificación, es que no exista control previo. No obstante, lo cierto es que, ausente éste, el número de incidencias en las actuaciones inspectoras será mayor, a pesar de que las eventuales actuaciones sancionadoras en esta materia se verán severamente perjudicadas por la ausencia de criterios que permitan determinar la idoneidad del proyecto de autoempleo, de modo que en la práctica no parece posible determinar el carácter indebido de la bonificación si no es en ausencia de actividad por cuenta propia constatada en el marco de la actuación inspectora. No podrán, por tanto, tipificarse como infracciones de esta naturaleza las eventuales desviaciones en el desarrollo de la actividad respecto del proyecto de autoempleo inicial, puesto que éste no habrá sido autorizado previamente.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

propia del Régimen Especial de Trabajadores del Mar; por otra parte, y aunque no aparecen expresamente, también están incluidos los trabajadores por cuenta propia agrarios<sup>838</sup>. No obstante, se había echado de menos la extensión de esta medida al antiguo Régimen Especial de Empleados de Hogar<sup>839</sup>, puesto que en los supuestos de servicios que no se prestaban con carácter permanente y exclusivo para un solo empleador el sujeto obligado y responsable del pago de la totalidad de la cuota era el propio empleado; tras la integración, como Sistema Especial, de este colectivo en el Régimen General de la Seguridad Social, la obligación de cotizar tiene en todo caso carácter compartido entre empleado y empleador, por lo que la acción positiva se dirige, a través del Programa contenido en el Real Decreto 1451/1983 y en la Ley 43/2006, analizado en este mismo capítulo, a subvencionar al empleador contratante y a bonificar sus cuotas<sup>840</sup>.

Además de las bonificaciones establecidas con carácter general en la Disposición Adicional undécima de la Ley 45/2002, en el nuevo redactado dado a la misma por el Real Decreto ley 4/2013 se establecen bonificaciones específicas para el autoempleo de los jóvenes con discapacidad, menores de 35 años, que no empleen a trabajadores por cuenta ajena<sup>841</sup>. Así, los trabajadores por cuenta

---

<sup>838</sup> Este colectivo se halla incluido en el RETA a partir de 1 de enero de 2008, como consecuencia de lo establecido en la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

<sup>839</sup> GUALDA ALCALÁ, F.: «El autoempleo de los trabajadores con discapacidad», en ROMERO RÓDENAS, M.J. (coordinadora): *Trabajo y Protección Social del Discapacitado*, op. cit., pág. 141.

<sup>840</sup> Hay que señalar, no obstante, que a pesar de que no opera en la contratación de trabajadores con discapacidad la exclusión establecida en el apartado a) del artículo 6.1 de la Ley 43/2006, relativa a las relaciones laborales de carácter especial, más dudas suscita, respecto de la aplicación de las bonificaciones de este Programa a los empleadores de trabajadores del hogar la expresión “empresas” que se utiliza reiteradamente en la norma para hacer referencia a los beneficiarios de tales bonificaciones. Parece evidente que la contratación de empleados de hogar está, con carácter general, excluida del Programa de la ley 43/2006, por tratarse de relaciones laborales de carácter especial, pero no operando esa exclusión en la contratación de trabajadores con discapacidad no parece que una interpretación restrictiva del concepto de empresa deba apartar a esos empleadores del acceso a las bonificaciones de este Programa.

<sup>841</sup> Surge la duda de si esta exigencia de no emplear a trabajadores por cuenta ajena es un requisito para acceder a las bonificaciones simplemente o también es una condición para el mantenimiento de las mismas en el tiempo. Atendiendo al tenor literal de la norma, que dice que en estos casos “no resultará de aplicación” lo previsto en la norma, cabe considerar que la contratación de un trabajador por cuenta ajena por parte del trabajador autónomo con discapacidad haría que perdiera el derecho a estas bonificaciones de jóvenes autónomos. Sorprendente límite al crecimiento empresarial de los autónomos con discapacidad, puesto que los

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

propia con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100 que tengan menos de 35 años de edad y causen alta inicial o no hubieran estado en situación de alta en los cinco años inmediatamente anteriores<sup>842</sup>, a contar desde la fecha de efectos del alta, en el RETA o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar como trabajadores por cuenta propia, podrán aplicarse una reducción equivalente al 80 por 100 sobre la cuota por Contingencias Comunes, incluida la incapacidad temporal, resultante de aplicar a la base mínima el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, y una bonificación equivalente al 50 por 100 durante los cuatro años siguientes<sup>843</sup>. Por tanto, la medida tiene una duración total de 5 años.

Finalmente, en la Disposición Adicional undécima de la Ley 45/2002 se prevé expresamente que las bonificaciones que en ella aparecen reguladas serán también de aplicación a los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado que estén encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, o como trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, cuando cumplan los requisitos que se establecen en la propia Disposición.

### 4.2.3 Capitalizaciones de las prestaciones por desempleo

Sin duda, la posibilidad de capitalizar el importe de las prestaciones por desempleo ha sido uno de los mecanismos de impulso del autoempleo más utilizados y más eficaces, puesto que actúa como fuente de financiación de los

---

incentivos que pudieran favorecer que contrataran a trabajadores por cuenta ajena quedarán muchas veces compensados con la pérdida de bonificaciones en su cuota como trabajadores autónomos. En todo caso, no supondría una pérdida total de las bonificaciones, puesto que la norma prevé que estos jóvenes autónomos puedan acogerse posteriormente, en su caso, a las bonificaciones y reducciones previstas con carácter general en la propia Disposición Adicional undécima de la Ley 45/2002, siempre y cuando el cómputo total de las mismas no supere el plazo máximo de 60 mensualidades.

<sup>842</sup> En este caso, por tanto, sí resultará admisible la bonificación en supuestos en los que se hubiera desarrollado con anterioridad una actividad por cuenta propia, siempre que hayan transcurrido al menos cinco años. El alta a la que hace referencia la norma debe entenderse referida al RETA o en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar por cuenta propia, y no a otros Regímenes del Sistema.

<sup>843</sup> La carga financiera de esta medida de acción positiva recae mayoritariamente sobre el presupuesto del Servicio Público de Empleo, que soportará los costes de la misma durante cuatro de los cinco años en los que se aplica.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

proyectos empresariales asociados al inicio de la actividad por cuenta propia<sup>844</sup>. El artículo 228.3 del TRLGSS, en la redacción dada al mismo por la Ley 45/2002, establece que cuando así lo determine algún programa de fomento del empleo, la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo del nivel contributivo podrá abonar de una sola vez el valor actual del importe, total o parcial, de las mismas a que tenga derecho el trabajador y que esté pendiente de percibir, pudiendo asimismo abonar a través de pagos parciales el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador para subvencionar la cotización del mismo a la Seguridad Social, por lo que en realidad estamos ante dos medidas distintas<sup>845</sup>. La segunda de estas posibilidades, en ocasiones, ha sido vista como una especie de recelo del legislador a lo que, en definitiva, supone la compatibilidad del percibo de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia derivado del abono íntegro de la prestación anticipadamente<sup>846</sup>.

El alcance de esta modalidad de pago único ha ido variando con el paso de los tiempos, siguiendo habitualmente una tendencia restrictiva en el acceso a la misma. En este sentido, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, llegó a restringir esta posibilidad exclusivamente a las personas con discapacidad, por lo que se convirtió en una medida de acción positiva exclusiva para el autoempleo de los trabajadores autónomos con discapacidad<sup>847</sup>. No obstante, esta tendencia se ha invertido en los últimos años, en los que hemos asistido a una ampliación de las posibilidades de capitalización de la prestación por desempleo para todo tipo de trabajadores.

En esta línea, el Real Decreto Ley 4/2013, de de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de

---

<sup>844</sup> El Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, como medida de fomento de empleo, supuso un notable impulso de esta medida.

<sup>845</sup> GARCÍA VALVERDE, M.: «Promoción y fomento del autoempleo», op. cit., pág. 118.

<sup>846</sup> GUALDA ALCALÁ, F.: «El autoempleo de los trabajadores con discapacidad», en ROMERO RÓDENAS, M.J. (coordinadora): *Trabajo y Protección Social del Discapacitado*, op. cit., pág. 135.

<sup>847</sup> CAÑAL RUIZ, J. y RUBIO DE MEDINA, M.: «El pago único de la prestación por desempleo: régimen jurídico y novedades introducidas por la Ley 45/2002». *Temas Laborales*, 2003, núm. 68, págs. 108 a 109.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

empleo<sup>848</sup>, ha dado nueva redacción a la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de modo que actualmente el Servicio Público de Empleo Estatal podrá abonar el valor actual del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a los beneficiarios de prestaciones cuando pretendan constituir cooperativas o sociedades laborales, o bien incorporarse a las mismas, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo, aunque hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades, independientemente de su duración, o cuando dichos beneficiarios pretendan constituirse como trabajadores autónomos y se trate de personas con discapacidad igual o superior al 33 por 100<sup>849</sup>. Por tanto, los trabajadores con discapacidad pueden acceder a la capitalización íntegra de la prestación por desempleo que hayan podido generar tanto para incorporarse a cooperativas o sociedades laborales como para constituirse como trabajadores autónomos.

El abono de la prestación<sup>850</sup> se realizará de una sola vez por el importe que corresponda a las aportaciones al capital, incluyendo la cuota de ingreso, en el caso de las cooperativas, o al de la adquisición de acciones o participaciones del capital social en una sociedad laboral en lo necesario para acceder a la condición de socio<sup>851</sup>, o a la inversión necesaria para desarrollar la actividad en el caso de trabajadores autónomos con discapacidad. Por tanto, en este último supuesto el límite de la capitalización viene referido a la necesidad económica del trabajador

---

<sup>848</sup> Este Real Decreto Ley sería tramitado como proyecto de ley, dando como resultado la Ley 11/2013, de 26 de julio, de idéntico título.

<sup>849</sup> En el caso de que no se trate de personas con discapacidad, el límite máximo del pago único es del 60% del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo pendiente de percibir. Este límite se incrementa hasta el 100% cuando los beneficiarios sean hombres jóvenes menores de 30 años de edad o mujeres jóvenes menores de 35 años, considerándose la edad en la fecha de la solicitud. De este modo, estos colectivos se equiparan, en este ámbito, a las personas con discapacidad por lo que hace referencia al límite de capitalización.

<sup>850</sup> Se realizará como un pago único de la cuantía de la prestación, calculada en días completos, de la que deducirá el importe relativo al interés legal del dinero.

<sup>851</sup> En estos casos se podrá destinar hasta el 100% de su importe a realizar una aportación al capital social de una entidad mercantil de nueva constitución o constituida en un plazo máximo de doce meses anteriores a la aportación, siempre que desarrollen una actividad profesional o laboral de carácter indefinido respecto a la misma, e independientemente del Régimen de la Seguridad Social en el que estén encuadrados. Para las personas que realicen una actividad por cuenta ajena de carácter indefinido, ésta deberá mantenerse por un mínimo de 18 meses. No se incluirán en este supuesto aquellas personas que hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades, ni los trabajadores autónomos económicamente dependientes que hayan suscrito con un cliente un contrato registrado en el Servicio Público de Empleo Estatal.

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

autónomo con discapacidad para desarrollar la actividad, mientras que en los anteriores la capitalización tiene como límite lo aportado por el trabajador con discapacidad al capital de la cooperativa o sociedad laboral en que se integre.

Por otra parte, los beneficiarios de prestaciones por desempleo, en los supuestos citados en que no se haya producido la capitalización del 100 por 100 de las mismas, podrán optar por obtener toda la prestación pendiente por percibir mediante el abono mensual, por parte de la Entidad Gestora, del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social. En este caso, la cuantía de la subvención, calculada en días completos de prestación, será fija y corresponderá al importe de la aportación íntegra del trabajador a la Seguridad Social en el momento del inicio de la actividad sin considerar futuras modificaciones, salvo cuando el importe de la subvención quede por debajo de la aportación del trabajador que corresponda a la base mínima de cotización vigente para cada régimen de Seguridad Social; en tal caso, se abonará ésta última. El abono se realizará mensualmente por la entidad gestora al trabajador, previa comprobación de que se mantiene en alta en la Seguridad Social en el mes correspondiente.

Por tanto, los trabajadores con discapacidad tienen la posibilidad de acceder, en el caso de que se constituyan como trabajadores autónomos, a la totalidad de la prestación por desempleo que hubieran generado capitalizada y en un único pago. En el caso de que la inversión necesaria para desarrollar la actividad fuera inferior al importe capitalizado de la prestación por desempleo, podrán obtener el resto de esta cuantía en pagos mensuales destinados a subvencionar la cotización del trabajador autónomo con discapacidad a la Seguridad Social.

Por lo que hace referencia a los requisitos formales, además del de acreditar la existencia de situación legal de desempleo, en los términos establecidos en el artículo 208 del TRLGSS, y los demás requisitos exigidos en el artículo 207 del mismo texto legal, son de aplicación los contenidos en la Disposición Adicional undécima de la Ley 45/2002, los establecidos en el Real Decreto 1044/1985, y en concreto los siguientes:

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

- No haber realizado capitalización de las prestaciones por desempleo en los cuatro años inmediatamente anteriores.
- Tener pendientes de percibir la totalidad o parte de las mensualidades que en derecho les correspondan de la prestación por desempleo del nivel contributivo, siempre que el número de éstas sea igual o superior a tres.
- Una vez percibida la prestación por su valor actual el trabajador deberá iniciar, en el plazo máximo de un mes, la actividad laboral para cuya realización se le hubiera concedido y darse de alta en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social, o acreditar, en su caso, que está en fase de iniciación.
- La solicitud del abono de la prestación por desempleo de nivel contributivo en todo caso deberá ser de fecha anterior a la fecha de incorporación a la cooperativa o sociedad laboral, o a la de constitución de la cooperativa o sociedad laboral, o a la de inicio de la actividad como trabajador autónomo o como socio de la entidad mercantil, considerando que tal inicio coincide con la fecha que como tal figura en la solicitud de alta del trabajador en la Seguridad Social. No obstante, si el trabajador hubiera impugnado el cese de la relación laboral origen de la prestación por desempleo, la solicitud deberá ser posterior a la resolución del procedimiento correspondiente, aunque se ha admitido jurisprudencialmente que el inicio de la actividad pudiera ser anterior a la solicitud de la prestación por desempleo capitalizada<sup>852</sup>.

---

<sup>852</sup> Entre otras, en STS de 7 de noviembre de 2005 (RJ 2006\1690). En este caso, se dice que carece de soporte razonable, incluso en una interpretación meramente literal, cuanto más en la precedentemente finalista, conferir relevancia al dato de que la solicitud del derecho controvertido haya sido presentada ante el Instituto Nacional de Empleo (INEM) pocos días después (ocho en este caso) de haberse dado de alta el trabajador en el RETA, considerando que el derecho responde a una política orientada al pleno empleo a través de medidas tendentes a que los trabajadores desempleados dejen de serlo.

#### **4.2.4 Medidas de fomento de la actividad de los trabajadores por cuenta propia con discapacidad**

Una vía indirecta, pero que puede resultar muy eficiente, de fomento del autoempleo de las personas con discapacidad, consiste en establecer mecanismos que favorezcan la actividad de estos trabajadores autónomos, ya sea en el mercado libre de bienes o servicios o en el derivado de la actuación de las Administraciones Públicas.

En el primero de los casos, la introducción en el artículo 38.1 de la LISMI<sup>853</sup>, que se mantiene en el vigente artículo 42.1 del TRLGD, del concepto de excepcionalidad en relación con la obligación de reserva de empleo para personas con discapacidad del 2 por 100, que afecta a empresas de 50 o más trabajadores, generó la posibilidad de que estas empresas puedan aplicar, cuando tal excepcionalidad quede debidamente acreditada, las medidas alternativas que sean autorizadas. Entre las medidas alternativas, que veremos en el capítulo siguiente, reguladas primero en el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, y actualmente en el vigente 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, se incluyen dos que pueden provocar ese efecto de incremento de actividad en los trabajadores autónomos con discapacidad. Son las siguientes:

- 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.
- La celebración de un contrato mercantil o civil con un Centro Especial de Empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para la

---

<sup>853</sup> Disposición Adicional trigésimo novena de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.



## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.

Con independencia de las dudas y los problemas prácticos que suscitan estas medidas alternativas, y que como hemos señalado serán abordados en el siguiente capítulo, lo cierto es que en estos casos los trabajadores autónomos con discapacidad pueden ser más fácilmente requeridos por empresas obligadas al cumplimiento de la cuota de reserva de empleo del artículo 42.1 del TRLGD, de modo que pueden convertirse en proveedores de materias primas, maquinaria, bienes de equipo u otros bienes para esas empresas o bien prestarles servicios ajenos y accesorios a la actividad normal que las mismas desarrollan.

Sobre el alcance que en la práctica puedan tener estas medidas alternativas en la generación de actividad para los trabajadores autónomos con discapacidad, hay que señalar dos datos relevantes. Por una parte, el monto económico de estos contratos está vinculado a la cuantificación de la medida alternativa a efectos de justificar el cumplimiento de la obligación de reserva; en este sentido, el artículo 2.2 del Real Decreto 364/2005 señala que el importe anual de los contratos mercantiles o civiles con Centros Especiales de Empleo o con trabajadores autónomos con discapacidad habrá de ser, al menos, tres veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento<sup>854</sup>. El otro elemento a considerar en esta ecuación, con la finalidad de valorar el impacto de esta medida indirecta de acción positiva en el autoempleo de las personas con discapacidad, es el número de empresas obligadas a cumplir la cuota de reserva establecida en el TRLGD; en este sentido, en la exposición de motivos de la Ley 3/2012 se refleja un dato que relativiza ese impacto, puesto que se dice, como ya hemos tenido ocasión de señalar, que las empresas de cincuenta o menos trabajadores constituyen en aquel momento, según datos del Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística, el 99,23% de las empresas españolas. De este modo, la obligación se

---

<sup>854</sup> Por tanto, el importe anual de estos contratos en el año 2014 deberá ser de un importe mínimo de 19.170,39 euros por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por la empresa obligada. Existe un debate sobre la cuantificación de este importe, que también será abordado en el capítulo siguiente.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

extiende únicamente al 0,77 por 100 del total de empresas, por lo que el número de empresas sobre las que podía operar esta medida indirecta de fomento del empleo autónomo de personas con discapacidad es relativamente reducido<sup>855</sup>. Por otra parte, hay que tener en cuenta que estos trabajadores “compiten” con los Centros Especiales de Empleo en este específico ámbito, puesto que también éstos pueden facilitar el cumplimiento de la cuota de reserva a las empresas que aplican medidas alternativas, y lo hacen habitualmente con un soporte de infraestructura y organización empresarial superior al de un trabajador autónomo.

No obstante, resulta censurable que en la Disposición Adicional sexta de la Ley 30/2007 se hayan previsto mecanismos de preferencia en la adjudicación de los contratos públicos a favor de empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por ciento, quedando fuera de esta medida los trabajadores autónomos con discapacidad. Tampoco se cita a estos trabajadores a la hora de establecer preferencias en la contratación pública a favor de empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social. Sin duda, resulta un olvido notable, puesto que además de no contar con condiciones preferentes de acceso a la contratación pública, los trabajadores con discapacidad autónomos deberán competir en desigualdad de condiciones con aquellas empresas que cumplan con los requisitos establecidos en esta Disposición Adicional sexta. Este desequilibrio se acentúa más si cabe considerando que la Disposición Adicional séptima de la misma Ley de Contratos del Sector Público establece que podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por ciento de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

---

<sup>855</sup> En el informe Estructura y Demografía Empresarial Directorio Central de Empresas (DIRCE) presentado por el INE, a 1 de enero de 2013 el número de empresas activas en España era de 3.142.928. Proyectando el porcentaje de empresas de más de cincuenta trabajadores sobre esa cifra resulta que son menos de 25.000.

Es cierto que en la contratación administrativa se persigue la selección de los mejores adjudicatarios, con el fin último de garantizar la eficacia en la prestación de los servicios públicos a favor de los usuarios, pero no lo es menos que mediante el sistema de contratación pública se pueden conseguir objetivos sociales capaces de ayudar al incremento del beneficio de la colectividad<sup>856</sup>, y que como parte de esos objetivos debe estar el de conseguir la verdadera igualdad de oportunidades. Desde este punto de vista, parece injustificable el olvido en la Ley de Contratos del Sector Público de los trabajadores autónomos con discapacidad.

### **4.3 Fomento del empleo protegido de las personas con discapacidad**

#### **4.3.1 Empleo protegido versus empleo ordinario: la relación laboral de carácter especial en los Centros Especiales de Empleo**

El denominado empleo protegido de trabajadores con discapacidad está presente tanto en la normativa interna de muchos países como en distintas normas internacionales, si bien en la mayoría de los casos se presenta como una alternativa subsidiaria de la consecución del objetivo principal, que es la integración de estos trabajadores en el mercado de trabajo ordinario<sup>857</sup>. No obstante, en ocasiones el empleo protegido se ha enmascarado con otras formas de expresión jurídica alejadas del Derecho del Trabajo y con un cariz esencialmente asistencialista<sup>858</sup>.

---

<sup>856</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales...*, op. cit., pág. 17.

<sup>857</sup> El artículo 7.7 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el día 20 de diciembre de 1993, señala que el objetivo debe ser siempre que las personas con discapacidad obtengan empleo en el mercado de trabajo abierto, pero en el caso de las personas con discapacidad cuyas necesidades no puedan atenderse en esa forma, se admite la opción de crear pequeñas dependencias con empleos protegidos o reservados. En este último caso, la propia norma destaca la importancia de que la calidad de esos programas se evalúe en cuanto a su pertinencia y suficiencia para crear oportunidades que permitan a las personas con discapacidad obtener empleo en el mercado de trabajo.

<sup>858</sup> VISIER, L.: «Las relaciones laborales en el sistema protegido», en VISIER, L., THORNTON, P., y MORA, V.: *Nuevas experiencias internacionales en materia de empleo de personas con discapacidad*. Madrid, Escuela Libre Editorial, 2000, págs. 56 a 89.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

El artículo 42 del TRLGD, en su apartado 3, establece que La relación laboral de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los Centros Especiales de Empleo es de carácter especial, conforme al artículo 2.1.g) de TRLET, y se rige por su normativa específica<sup>859</sup>. El primer apartado de ese mismo artículo 42 determina que los Centros Especiales de Empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Por otra parte, estos Centros deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad<sup>860</sup>, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente. Además, se establece una limitación a la plantilla de los Centros Especiales de Empleo, que deberá estar constituida por el mayor número de trabajadores con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquélla<sup>861</sup>. Desde una perspectiva histórica, hay que señalar que la LISMI significó, sin duda, la consolidación del modelo de integración especial o protegida, teniendo en cuenta que hasta aquel momento la actividad laboral protegida había sido objeto de limitada regulación y apoyo<sup>862</sup>. El TRLGD consolida, sin duda, este modelo.

La incentivación económica de la contratación laboral en los Centros Especiales de Empleo es, sin duda, una de las medidas de acción positiva más potentes, desde el punto de vista económico, y más sostenidas en el tiempo. Las peculiares

---

<sup>859</sup> El artículo 2.1 del Real Decreto 1368/1985 determina que son trabajadores susceptibles de desarrollar esta relación laboral de carácter especial las personas que, teniendo reconocida una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento y, como consecuencia de ella, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje.

<sup>860</sup> Se entenderán por servicios de ajuste personal y social los que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo. Igualmente se encontrarán comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva.

<sup>861</sup> A estos efectos no se contemplará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social.

<sup>862</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Directores) y SOLÀ MONELLS, X. (Coordinador): *La aplicación del Derecho del Trabajo...*, op. cit., pág. 30.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

características de esta modalidad de empleo protegido, las de los trabajadores con discapacidad a los que presuntamente están enfocadas y la probada eficacia de la medida en estrictos términos de generación de empleo, han hecho que se haya generado un auténtico sector del empleo protegido, marcado por la heterogeneidad de sus miembros y de las motivaciones de cada uno de ellos para formar parte del mismo. El espectro es tan amplio que permite abarcar todo tipo de iniciativas de carácter marcadamente social, e incluso de inspiración asistencial en muchos casos, junto con otras en las que la llamada de las subvenciones y las bonificaciones ha atraído a empresarios en los que resulta complejo encontrar motivaciones relacionadas con la integración de personas con discapacidad<sup>863</sup>. Sea como fuere, la incentivación económica en el empleo protegido resulta imprescindible, si se pretende que sea un verdadero motor de la creación de empleo de personas con discapacidad y –aunque esto resulte casi inapreciable en la práctica- un mecanismo eficiente de tránsito hacia el mercado ordinario de trabajo. En una normativa técnicamente adecuada acompañada de un control eficiente, y no en las restricciones de la acción positiva, reside la clave para evitar prácticas indeseadas y alejadas de los objetivos que deben cumplir los Centros Especiales de Empleo.

Finalmente, la obligada mención al tratamiento de esta cuestión en las Estrategias conduce a señalar que la Global para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012 señala a los Centros Especiales de Empleo como uno de los pilares sobre los que se asienta la política de empleo de las personas con discapacidad, y hace una interesante referencia al impulso de la creación de empleo que en estos Centros ha provocado la introducción, en el Real Decreto 27/2000, de medidas alternativas a la contratación de trabajadores con discapacidad por parte de las empresas obligadas a cumplir la cuota de reserva establecida en el artículo 42.1 del TRLGD. Después de constatar que el número de Centros Especiales de Empleo llegó a triplicarse en una década<sup>864</sup>, y que el auge de estos Centros no se ha correspondido con un impulso equivalente del

---

<sup>863</sup> VIDAGANY PELÁEZ, J.M. y GARCÍA SENTANDREU, J.: *Derecho para la discapacidad: los centros especiales de empleo*, Valencia, Diario del Puerto, 2003, pág. 81

<sup>864</sup> Entre 1996 y 2006.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

tránsito hacia el empleo ordinario de los trabajadores con discapacidad contratados por los mismos<sup>865</sup>, la Estrategia señala que su desarrollo ha supuesto, en términos relativos, uno de los componentes principales de la política de empleo hacia las personas con discapacidad a partir de 1997.

Parece evidente que ese desarrollo se explica, en parte, por la notable batería de incentivos a la contratación que se ha mantenido hasta nuestros días, si bien es cierto que quizá no sea la primera de las causas del impulso de estas contrataciones y que, para hallarla es preciso buscar más en el hermetismo del mercado ordinario y en los prejuicios de muchas de las empresas que lo componen que en el propio empleo protegido que, de algún modo, ha venido compensando ese rechazo. La Estrategia concluye que se debe establecer un nuevo sistema de incentivos a los Centros Especiales de Empleo más coherente con las modificaciones realizadas con carácter general en el sistema de incentivos a la contratación laboral y que garantice el seguimiento y la transparencia de los recursos públicos dedicados al mismo; para ello, y partiendo de la suficiencia de los recursos económicos para la creación de empleo, se debe procurar una mejora de la calidad del empleo en estos Centros y una mejor adaptación de las ayudas a las tipologías de Centros y de trabajadores con discapacidad, promoviendo el tránsito efectivo hacia las empresas ordinarias<sup>866</sup>.

Por su parte, la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020 no realiza mención alguna de estos Centros, mientras que la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 se limita a señalar que se incentivará la contratación de personas con discapacidad tanto en el empleo ordinario como en el empleo protegido<sup>867</sup> a través de los Centros Especiales de Empleo, previendo específicamente medidas

---

<sup>865</sup> Se dice en la propia Estrategia que, salvo excepciones, los trabajadores con discapacidad no utilizan los Centros Especiales de Empleo como canal de transición al mercado ordinario, como se había previsto inicialmente en la LISMI.

<sup>866</sup> Se prevé una triple vía incentivadora, que no ha llegado a ponerse en práctica: incentivos a la empresa contratante, al Centro Especial de Empleo del que provenga el trabajador –que deberá proceder a su sustitución- y al propio trabajador con discapacidad.

<sup>867</sup> La Estrategia Española de Empleo 2012-2014 contempla expresamente medidas dirigidas a la integración laboral de las personas con discapacidad en los Centros Especiales de Empleo e incentivos a la generación de empleo indefinido en los mismos, ya sea por contrataciones iniciales o por transformación de contratos temporales. Se establecen, además, medidas para el mantenimiento de estos Centros, que analizaremos dentro de este mismo apartado.

de tránsito de las personas con discapacidad desde el empleo protegido al ordinario de trabajo a través de los enclaves laborales, e incentivando su contratación con carácter indefinido.

#### **4.3.2 Subvenciones a los Centros Especiales de Empleo**

El Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo, en desarrollo de lo que establecían los artículos 43 y 45.2 de la LISMI que, respectivamente, preveían el establecimiento de ayudas económicas públicas para promover la viabilidad de estos Centros y la promoción de la creación de los mismos, recogió los distintos mecanismos de financiación de los Centros Especiales de Empleo. Además de la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan establecer, mediante Convenio con los propios Centros o con el Sector, compensaciones económicas destinadas a equilibrar el presupuesto de los Centros Especiales de Empleo cuando éstos carezcan de ánimo de lucro, sean declarados de utilidad pública<sup>868</sup> e imprescindibilidad, y la función social de los mismos justifique esta necesidad, con carácter general el artículo 10 del Real Decreto 2273/1985 enumera las siguientes fuentes de recursos económicos:

- Las aportaciones de los titulares de los propios Centros.
- Las aportaciones de terceros.
- Los beneficios o parte de los mismos que se puedan obtener de la actividad del Centro, según se trate de Centros que carezcan o no de ánimo de lucro.
- Las ayudas, graduadas en función de la rentabilidad económica y social del Centro, que para la creación de los Centros Especiales de Empleo puedan establecer los programas de fomento del empleo.
- Las ayudas, graduadas en función de la rentabilidad económica y social del Centro, de mantenimiento a que pueden acceder como consecuencia de

---

<sup>868</sup> Concurrirá tal circunstancia cuando el Centro Especial de Empleo se consagre exclusivamente, en objetivo y finalidad, a la integración laboral y social de personas con discapacidad.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

los programas de apoyo al empleo, establecidos por las Administraciones Públicas y consistentes en:

- Subvención por puesto de trabajo ocupado por una persona con discapacidad.
- Bonificación de la cuota empresarial a la Seguridad Social.
- Subvenciones para la adaptación de puestos de trabajo y eliminación de barreras arquitectónicas.

Pues bien, sobre esta configuración general de las fuentes de financiación, la Orden de 16 de octubre de 1998, establece las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de las personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo y trabajo autónomo<sup>869</sup>. Esta Orden, que especificó el objeto y las características de las ayudas y señaló los requisitos que habrían de acreditar los beneficiarios, contenía la totalidad de incentivos económicos a estos Centros, y lo sigue haciendo con la única excepción de las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social que, como ya hemos señalado en este mismo capítulo, se regulan en la Ley 43/2006.

Partiendo de que la norma vigente en materia de subvenciones a los Centros Especiales de Empleo sigue siendo la Orden de 16 de octubre de 1998, hay que recordar que la Estrategia Española de Empleo 2012-2014, aprobada por Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, con la finalidad de favorecer la incentivación de la contratación de personas con discapacidad tanto en el empleo ordinario como en el empleo protegido a través de los Centros Especiales de Empleo, introdujo un conjunto de medidas de incentivación económica que ampliaba las existentes hasta ese momento. No obstante, ese nuevo catálogo de acción positiva para los Centros Especiales de Empleo no entró en vigor con la publicación del Real Decreto 1542/2011, puesto que el Real Decreto Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la

---

<sup>869</sup> Esta Orden tuvo su precedente, como ya se ha señalado anteriormente, en la de 21 de febrero de 1986.



## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

reforma de las políticas activas de empleo, que derogaba la Orden de 16 de octubre de 1998, condicionaba la efectividad de tal derogación a la aprobación de la Estrategia Española de Empleo y del Plan Anual de Política de Empleo para el ejercicio 2012. Pues bien, antes de que ambos instrumentos vieran la luz<sup>870</sup>, el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero<sup>871</sup>, derogó la Disposición Derogatoria única del Real Decreto Ley 3/2011 y, con ella, las medidas que la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 había establecido inicialmente, sustituyéndolas por las contenidas en las normas que derogó, sin hacerlo, el Real Decreto Ley 3/2011 y que resucitó, sin que estuvieran fenecidas, el Real Decreto Ley 3/2012. En definitiva, que tras este tortuoso camino de idas y venidas de viejas y nuevas medidas incentivadoras de la contratación laboral en los Centros Especiales de Empleo, lo cierto es que las subvenciones a los mismos han estado recogidas en la Orden de 16 de octubre de 1998 de manera ininterrumpida<sup>872</sup>.

Entrando en las medidas concretas contenidas en la Orden de 16 de octubre de 1998, de carácter estatal y gestión autonómica<sup>873</sup>, se establecen las siguientes subvenciones:

- Subvención por creación de puestos de trabajo: esta subvención encaja entre las previstas en el artículo 10 del Real Decreto 2273/1985 para la creación de Centros Especiales de Empleo. La cuantía de esta subvención,

---

<sup>870</sup> La Estrategia Española de Empleo se aprobó, como hemos visto, mediante Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, pero el Plan Anual de Política de Empleo para 2012 no vería la luz hasta la aprobación de la Resolución de 24 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de julio de 2012 (BOE de 4 de agosto).

<sup>871</sup> Convertido en Ley 3/2012, de 6 de julio, tras su tramitación parlamentaria como proyecto de ley.

<sup>872</sup> Hay que señalar que las medidas contenidas en la Estrategia Española de Empleo inicialmente generaban una cierta ambigüedad respecto de las competencias territoriales en la regulación del alcance de las mismas, y su eventual carácter de mínimos a nivel estatal. Tras la derogación de estas medidas –que nunca llegaron a estar en vigor– y la recuperación de las contenidas en la Orden de 16 de octubre de 1998, es incuestionable este último carácter, puesto que estas acciones y medidas de políticas activas de empleo tendrán el carácter de medidas estatales a efectos de su aplicación para el conjunto del Estado, por parte de Comunidades Autónomas y el Servicio Público de Empleo Estatal, en sus respectivos ámbitos competenciales, en el marco de la Estrategia Española de Empleo 2012-2014.

<sup>873</sup> Esta competencia ha sido transferida desde el Servicio Público de Empleo Estatal, que únicamente la mantiene en Ceuta y Melilla, a todas las Comunidades Autónomas. La última en asumirla fue la del País Vasco, que ejerce las competencias de políticas activas de empleo desde 1 de enero de 2011.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

que se condiciona a la realización de inversiones por determinados conceptos<sup>874</sup> debidamente justificadas, oscila entre un máximo de 12.000 euros por puesto de trabajo, en el caso de Centros Especiales de Empleo que superen el 90 por 100 de personas con discapacidad respecto del total de su plantilla<sup>875</sup>, y un máximo de 9.000 euros para supuestos en que dicha plantilla esté integrada entre un 70 y un 90 por 100 de trabajadores con discapacidad<sup>876</sup>. Así pues, la norma parece promover la utilización masiva de mano de obra con discapacidad en los Centros Especiales de Empleo, lo que podría favorecer a Centros Especiales de Empleo que dan ocupación mayoritariamente a personas con discapacidad física moderada, puesto que siendo la cantidad de contrataciones el único parámetro valorado, serán estos Centros los beneficiados por subvenciones más elevadas, en detrimento de otros que, por la tipología de las discapacidades mayoritarias en los mismos, requieren de un mayor número de trabajadores sin discapacidad en sus plantillas<sup>877</sup>.

Una de las principales dificultades que plantea esta subvención, a la hora de su aplicación y gestión, es que la Orden de 16 de octubre de 1998 exige que los puestos de trabajo creados sean “de carácter estable”, debiendo acreditarse la viabilidad técnica, económica y financiera del proyecto de creación o de ampliación mediante el oportuno estudio económico que

---

<sup>874</sup> Tales conceptos son la asistencia técnica, la inversión fija en proyectos de interés social y la subvención parcial de los intereses de préstamos que obtengan de entidades de crédito, públicas o privadas, bajo los condicionamientos marcados por el artículo 4.A).3 de la Orden de 16 de octubre de 1998.

<sup>875</sup> La Orden establece que para la determinación del 100 por 100 de la plantilla “no se computará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social, así como el que preste servicios en aquellas actividades o puestos de trabajo específicos que, por su propia naturaleza o complejidad, no puedan ser desempeñados por personas con discapacidad”. Este último inciso presenta problemas prácticos a la hora de determinar esas actividades o puestos de trabajo, con la consiguiente incidencia en la de las plantillas sobre las que deben ser aplicados los porcentajes que generan derecho a subvenciones más o menos cuantiosas.

<sup>876</sup> La propia Orden prevé que, cuando concurren circunstancias excepcionales, debidamente justificadas y acreditadas, se pueda autorizar por parte de la Administración competente la superación de estas cuantías.

<sup>877</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J.: «Los incentivos laborales a la actividad en Centros Especiales de Empleo», en ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Directores) y SOLÀ MONELLS, X. (Coordinador): *La aplicación del Derecho del Trabajo...*, op. cit., págs. 308 a 309.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

aportarán los promotores a la Administración competente<sup>878</sup>. En este sentido, y precisamente porque pudiendo haber sido así no se ha hecho, no parece que deba entenderse que se está refiriendo exclusivamente a la contratación indefinida, sino más bien a aquellos puestos de trabajo que comporten un incremento definitivo de la plantilla de trabajadores con discapacidad del Centro Especial de Empleo<sup>879</sup>.

Por último, la Orden de 16 de octubre de 1998 exige que se acredite documentalmente la inversión realizada, que deberá venir referida a alguno de los supuestos contemplados en su artículo 6.

- Subvención por mantenimiento de puesto de trabajo ocupado por persona con discapacidad: el artículo 4.B.2 de la Orden de 16 de octubre de 1998 establece una subvención del coste salarial correspondiente al puesto de trabajo ocupado por un trabajador con discapacidad equivalente al importe del 50 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, siempre que se realice una jornada de trabajo completa y que el trabajador se halle en alta en la Seguridad Social; el importe de la subvención se reducirá, en el caso de contrato de trabajo a tiempo parcial, proporcionalmente a la jornada laboral realizada. Esta subvención tiene su origen en el artículo 10.e) del Real Decreto 2273/1985, que preveía ayudas de mantenimiento consistentes en subvenciones por puestos de trabajo ocupados por trabajadores con discapacidad. En este caso, el único requisito específico para acceder al derecho a esta subvención, que se establece en la propia Orden, es que el Centro Especial de Empleo deberá haber abonado a sus trabajadores el salario correspondiente, lo que acreditará mediante la aportación de las nóminas debidamente firmadas.

---

<sup>878</sup> Hay que señalar que ha sido práctica común en muchos casos, pero no por ello siempre justificable, incluir dentro de ese estudio de viabilidad como un recurso financiero las subvenciones por creación de puestos de trabajo que pudiera obtener el Centro Especial de Empleo.

<sup>879</sup> Este es el criterio que se deduce, por ejemplo, del artículo 7 de la Orden catalana BEF/36/2005, de 9 de febrero, de convocatoria pública para la concesión de subvenciones para la creación y el mantenimiento de puestos de trabajo para personas con *disminución* (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya del 16).

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

No se exige, por tanto, una determinada modalidad contractual para la obtención de esta ayuda económica.

Lo cierto es que, si bien parece clara la finalidad de esta subvención, referida a favorecer el mantenimiento de un puesto de trabajo ocupado por un trabajador con discapacidad mediante un apoyo económico a los costes salariales que se derivan del mismo, resulta más discutible que la cuantía de la misma tome como parámetro de cálculo un elemento que no tiene conexión con el rendimiento y la retribución de los trabajadores, como es el salario mínimo interprofesional<sup>880</sup>, y más aún que se haya venido haciendo sin distinguir entre tipologías de discapacidad y otras circunstancias que afectan al rendimiento de los trabajadores que generan el derecho a la ayuda. No obstante, el artículo 8 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, estableció una ampliación transitoria<sup>881</sup> de las subvenciones por mantenimiento del empleo en los Centros Especiales de Empleo, que consistió en incrementar hasta el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional el importe de estas ayudas destinadas a subvencionar el coste salarial de los puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad. No obstante, en el caso de trabajadores con especiales dificultades para su inserción laboral, el período de vigencia de la norma, y consecuentemente el del incremento de la subvención, se ampliaba un año más<sup>882</sup>. La misma Ley 27/2009 estableció que durante el primer semestre de 2011, el Gobierno presentaría un informe al Congreso de los Diputados para valorar la continuidad o no de la ampliación de esta subvención, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad, pero la norma no tuvo continuidad.

---

<sup>880</sup> SÁNCHEZ CERVERA- SERNA, J. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.: *Los trabajadores discapacitados*, op. cit., pág. 129.

<sup>881</sup> Aplicable durante el período comprendido entre el 10 de julio de 2009 y el 31 de diciembre de 2010.

<sup>882</sup> En este caso, se aplicaba desde 10 de julio de 2009 hasta 31 de diciembre de 2011.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

Tras las modificaciones que pretendió introducir en esta materia el Real Decreto Ley 3/2011, y la introducción de nuevas medidas en la Estrategia Española de Empleo 2012-2014, que jamás llegaron a estar en vigor como hemos tenido ocasión de señalar anteriormente, la Disposición Final duodécima de la Ley 3/2012 convirtió el contenido de la Orden de 16 de octubre de 1998 en una de las “medidas estatales a efectos de su aplicación por parte de las Comunidades Autónomas y el Servicio Público de Empleo Estatal, en sus respectivos ámbitos competenciales”, de modo que no resulta diáfano el margen de maniobra que las Comunidades Autónomas tienen respecto de la aplicación y distribución de esta subvención del coste salarial de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores con discapacidad en los Centros Especiales de Empleo. Por otra parte, hay que señalar que la crisis económica ha hecho mella también en la intensidad de esta medida de acción positiva, afectando a los importes presupuestados para satisfacerla hasta el punto de que, en ocasiones, el órgano autonómico que convoca las ayudas correspondientes a las subvenciones de mantenimiento de puestos de trabajo expresamente señala en la correspondiente norma que el importe transferido no permite subvencionar la totalidad de la plantilla de trabajadores con discapacidad en los Centros Especiales de Empleo<sup>883</sup>.

---

<sup>883</sup> Así sucede, por ejemplo, en Cataluña con la Orden EMO/347/2012, de 29 de octubre, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas extraordinarias destinadas al mantenimiento de las personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo, y se publica el importe máximo de carácter excepcional y no recurrente para el año 2012. En esta norma, tras explicitar la insuficiencia presupuestaria para atender la totalidad de subvenciones de esta naturaleza en los Centros Especiales de Empleo de esa Comunidad Autónoma, derivada de la escasez de la transferencia estatal, se señala que, dado que esta situación perjudica la estabilidad del empleo de este colectivo de trabajadores, y especialmente a aquellos trabajadores con discapacidad que presentan especiales dificultades para acceder a un empleo en la empresa ordinaria, el Departamento de Empresa y Empleo se propone compensar el perjuicio desproporcionado que sufre este conjunto de trabajadores y mejorar el tratamiento económico que se daba en la Orden EMO/65/2012, de 21 de marzo, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de la subvención destinada al fomento de la integración laboral de las personas con discapacidad en centros especiales de empleo y de publicación de importes máximos para el año 2012. En esta Orden se preveía para esta subvención un importe del 50 por 100 del salario mínimo interprofesional, ampliable hasta el 75 por 100, pero todo ello condicionado a las disponibilidades presupuestarias derivadas de la transferencia de fondos por parte del Estado. En ese año 2012, el importe adicional que la Generalitat de Catalunya estableció, con carácter excepcional y no recurrente, fue de 7.455.016,45 euros, y se destinó íntegramente al

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

- Subvención por adaptación de puesto de trabajo: con base también en el artículo 10 del Real Decreto 2273/1985, el artículo 4.3 de la Orden de 16 de octubre de 1998 establece subvenciones para la adaptación de puestos de trabajo y eliminación de barreras arquitectónicas, siempre que se justifique su necesidad mediante la presentación de la oportuna memoria.

La cuantía de esta subvención será equivalente al importe, debidamente justificado, de la adaptación o eliminación realizada, siempre que éste no sea superior a 1.803,04 euros, que será la cuantía máxima de la ayuda, sin que en este caso se exija, a diferencia de lo que sucede con la subvención análoga contenida en el Real Decreto 1451/1983, una determinada tipología contractual o una duración mínima del contrato de trabajo<sup>884</sup>. Lo cierto es que, tratándose de una ayuda de incuestionable sentido positivo para facilitar la incorporación de trabajadores con discapacidad con necesidades de adaptación a los Centros Especiales de Empleo, resulta evidente que, no habiéndose actualizado el importe de la misma desde el momento en que fue creada, su eficacia se ha ido atenuando con el paso de los años. Este hecho, bastante frecuente cuando se trata de subvenciones a la contratación, debiera ser tenido en cuenta por parte del legislador si lo que realmente se pretende es ajustar razonablemente la cuantía de las ayudas a las necesidades económicas que se pretenden favorecer, algo que no resulta posible si se utilizan parámetros de valoración de quince años atrás.

También plantea problemas la expresión, excesivamente restrictiva, utilizada por la norma para referirse al destino de la subvención. Al hablar de “adaptación de puestos de trabajo y eliminación de barreras

---

mantenimiento de los puestos de trabajo de las personas con discapacidad de especiales dificultades en Centros Especiales de Empleo; la cuantía máxima de la ayuda se fijó en 1.050 euros por persona trabajadora con una discapacidad de especial dificultad con contrato vigente durante el periodo correspondiente al segundo semestre de 2012.

<sup>884</sup> La ausencia de esta exigencia, y la diferencia en este punto con la subvención del Real Decreto 1451/1983, podría justificarse en la masiva presencia de trabajadores con discapacidad en los Centros Especiales de Empleo, circunstancia que no se da en las empresas ordinarias y que, en muchos casos, hace que las adaptaciones y las eliminaciones de barreras puedan resultar apropiadas no solamente para el trabajador cuyo contrato genera el derecho a la subvención, sino para otros trabajadores presentes o futuros del Centro Especial de Empleo.

arquitectónicas” parece que quedarían excluidas otras actuaciones relacionadas con la prevención de los riesgos laborales de estos trabajadores, como los equipos de protección individual, o con la accesibilidad de los propios Centros Especiales de Empleo. No parece que pueda ser esa la intención última del legislador, por lo que parece razonable proponer una interpretación amplia de esa expresión, comprensiva, al menos, de la totalidad de la perspectiva preventiva<sup>885</sup>.

- Subvención por reequilibrio presupuestario: para finalizar con este catálogo de subvenciones destinadas a los Centros Especiales de Empleo, hay que señalar que el artículo 4.B.5 de la Orden de 16 de octubre de 1998, con base en el artículo 11 del Real Decreto 2273/1985, establece una ayuda económica dirigida a equilibrar el presupuesto de aquellos Centros Especiales de Empleo que carezcan de ánimo de lucro y sean de utilidad pública e imprescindibilidad, si bien esta subvención no podrá cubrir resultados adversos que, a juicio de la Administración, sean derivados de una gestión deficiente. La exigencia de utilidad pública e imprescindibilidad, que deberá ser declarada mediante acuerdo del Consejo de Ministros<sup>886</sup>, se determina en una suerte de combinación de las circunstancias contenidas en el Real Decreto 2273/1985<sup>887</sup> y las de la propia Orden de 16 de octubre de 1998, expresadas en su artículo 4.B.5, y que son las siguientes:

- La actividad, dimensión, estructura y gerencia del Centro.
- La composición de su plantilla, con atención especial a la proporción de trabajadores discapacitados respecto del total en el Centro Especial de Empleo, así como a la naturaleza y grado

---

<sup>885</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J.: «Los incentivos laborales a la actividad en Centros Especiales de Empleo», en ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Directores) y SOLÀ MONELLS, X. (Coordinador): *La aplicación del Derecho del Trabajo...*, op. cit., pág. 333.

<sup>886</sup> Artículo 5.2.e) de la Orden de 16 de octubre de 1998.

<sup>887</sup> El artículo 11 establece que se entenderá por utilidad pública el hecho de que el Centro Especial de Empleo se consagre exclusivamente, en objetivo y finalidad, a la integración laboral y social de las personas con discapacidad. Por otra parte, define como imprescindibilidad la verificación de que el Centro es estrictamente necesario para regular el empleo remunerado y la prestación de los servicios de ajuste personal y social a los trabajadores con discapacidad.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

de discapacidad de sus componentes, en relación con su capacidad de adaptación al puesto de trabajo que desempeñen.

- La modalidad y condiciones de los contratos suscritos con los trabajadores de la plantilla del Centro, tengan o no discapacidad.
- Las variables económicas que concurren en el Centro en relación con su objetivo y función social.
- Los servicios de ajuste personal y social que preste el Centro a sus trabajadores con discapacidad.

En definitiva, esta subvención se sustenta sobre parámetros excesivamente indefinidos, favoreciendo una cierta discrecionalidad en la actuación administrativa que podría perfectamente evitarse con una regulación más precisa<sup>888</sup>. Por otra parte, la restricción de esta medida a los Centros sin ánimo de lucro, y las propias condiciones y objetivos del incentivo económico, hacen que se haya resaltado la ausencia de una subvención más amplia, que permitiera una reconversión económica de los Centros Especiales de Empleo para favorecer la financiación de los cambios de actividades por razones de mercado. En esta línea parece situarse la ayuda contenida en el artículo 4. B.4 de la Orden de 16 de octubre de 1998, que prevé una subvención, a la que únicamente se podría acceder una sola vez, destinada a equilibrar y sanear financieramente los Centros Especiales de Empleo, con el fin de lograr una reestructuración para que alcancen niveles de productividad y rentabilidad que garanticen su viabilidad y estabilidad. No obstante, esta subvención aparece en la Orden sin que ni el Real Decreto 2273/1985 ni la propia LISMI hubieran hecho referencia alguna a ella, por lo que no ha resultado aplicable en la práctica<sup>889</sup>.

---

<sup>888</sup> SÁNCHEZ CERVERA- SERNA, J. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.: *Los trabajadores discapacitados*, op. cit., pág. 118.

<sup>889</sup> No obstante, en la normativa autonómica han aparecido referencias a estas subvenciones por reconversión de los Centros Especiales de Empleo. Es el caso, por ejemplo, del artículo 9.2 de la Orden de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía de 4 de



## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

El artículo 5 de la Orden de 16 de octubre de 1998 establece, para todos los beneficiarios de las ayudas reguladas en la misma, los siguientes requisitos:

- Hallarse al corriente en sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, justificándolo mediante la documentación correspondiente.
- Figurar inscrito como Centro Especial de Empleo en el Registro correspondiente.
- Las solicitudes deberán ir acompañadas de las memorias explicativas de los proyectos objeto de las subvenciones.

Por lo que hace referencia a la limitación del importe de las ayudas que contiene la propia Orden de 16 de octubre de 1998, en su artículo 8 establece que no podrá ser en ningún caso de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con subvenciones o ayudas de otras Administraciones Públicas, o de otros Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar por el beneficiario. No obstante, el Real Decreto 1451/1983 limitaba el importe de las ayudas económicas a la contratación indefinida de trabajadores con discapacidad al 60 por 100 del coste salarial del trabajador contratado, por lo que en realidad nos hallamos ante una doble limitación; hay que recordar no obstante que, tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2006, sucedido por la Ley 43/2006, desaparece la regulación de las bonificaciones que contenía el Real Decreto Ley 1451/1983, estableciendo el artículo 7.3 de la Ley 43/2006 que “las bonificaciones aquí previstas no podrán, en concurrencia con otras medidas de apoyo público establecidas para la misma finalidad, superar el 60 por 100 del coste salarial anual correspondiente al contrato que se bonifica, salvo en el caso de los trabajadores con discapacidad contratados por los Centros Especiales de Empleo, en que se estará a lo establecido en la normativa reguladora de las ayudas y subvenciones destinadas a la integración laboral de las personas con discapacidad en estos Centros”. De este modo, la limitación de la Ley 43/2006 no

---

octubre de 2002, por la que se desarrollan los incentivos al fomento del empleo en Centros Especiales de Empleo, y del artículo 6.B.2) de la Orden 2795/2007, de 27 de septiembre, de la Consejería de Empleo y Mujer de la Comunidad de Madrid, por la que se regula el procedimiento de concesión de las subvenciones destinadas al fomento de la integración laboral de personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

afecta a los Centros Especiales de Empleo, y en la del Real Decreto 1451/1983 no computan las bonificaciones, puesto que ya no están reguladas en el mismo, lo que en la práctica supone una ampliación del margen de acumulación de ayudas económicas por parte de estos Centros.

Para finalizar este apartado, hay que señalar que, además de las subvenciones recogidas en la Orden de 16 de octubre de 1998, hay otras que afectan a los Centros Especiales de Empleo. Así, el Real Decreto 469/2006, de 21 de abril, regula las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo, y establece una subvención, condicionada a la disponibilidad presupuestaria, de 1.200 euros anuales por cada trabajador con discapacidad perteneciente a alguno de los colectivos considerados de especial dificultad para el acceso al empleo<sup>890</sup>; el trabajador debe ser contratado a jornada completa con carácter indefinido o bien con contrato temporal de al menos seis meses de duración, reduciéndose el importe de la subvención proporcionalmente en el caso de que los contratos sean a tiempo parcial. La finalidad de esta subvención, que deberá solicitarse anualmente por parte de los Centros Especiales de Empleo beneficiarios<sup>891</sup>, es financiar los costes salariales y de Seguridad Social derivados de la contratación indefinida de trabajadores para estas unidades de apoyo. Esta subvención ha sido complementada en algunas ocasiones por otras creadas por las Comunidades Autónomas con la misma finalidad, si bien no siempre con las mismas condiciones e idénticos requisitos<sup>892</sup>.

---

<sup>890</sup> Recordemos: personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100 y personas con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por 100.

<sup>891</sup> Para serlo, además de hallarse debidamente inscritos en el Registro correspondiente, los Centros deberán tener trabajadores pertenecientes a los colectivos que generan el derecho a la subvención y cumplir con los requisitos que se establecen en el artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

<sup>892</sup> Este es el caso, por ejemplo, de las ayudas a los Servicios Complementarios de Ajuste Personal y Social reguladas en la Comunidad Autónoma de Cataluña, que suponen subvenciones complementarias a las contenidas en el Real Decreto 496/2006. El importe de estas ayudas complementarias sufrió un notable recorte tras la aparición de la regulada en este Real Decreto estatal; así, en el año 2006 era de 212 euros mensuales por cada usuario de estos Servicios, pero la Orden catalana de 23 de mayo de 2007 redujo esta subvención complementaria a 1.450,80

También fuera de la Orden de 16 de octubre de 1998 hallamos las subvenciones para la financiación de los costes laborales y de Seguridad Social derivados de la contratación de preparadores laborales previstas, recogidas en el artículo 8 del 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. Estas subvenciones, a las que nos referiremos al final de este capítulo, son aplicables a los Centros Especiales de Empleo que lleven a cabo proyectos de empleo con apoyo en los términos previstos en esta norma, y tienen una cuantía que oscila entre 2.500 y 6.600 euros anuales por cada trabajador contratado, dependiendo de la tipología y el grado de discapacidad que presente.

Para finalizar, hay que señalar que algunas Comunidades Autónomas han regulado ayudas específicas en sus respectivos ámbitos territoriales consistentes en subvenciones de distinta naturaleza y con distintas finalidades, relacionadas con la actividad de los Centros Especiales de Empleo. Estas subvenciones se han venido estableciendo, sobre todo, para favorecer el tránsito de trabajadores con discapacidad desde estos Centros hacia las empresas ordinarias<sup>893</sup>, y para incentivar la contratación en aquéllos de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades para acceder al empleo<sup>894</sup>.

### **4.3.3 Bonificaciones a la contratación laboral en los Centros Especiales de Empleo**

En principio, los Centros Especiales de Empleo no están excluidos expresamente del acceso a las bonificaciones que la normativa vigente regula con carácter general para la contratación de trabajadores con discapacidad, de modo que,

---

euros anuales. La Orden catalana EMO/66/2012, de 21 de marzo, fijó el importe de esta ayuda complementaria en 1.669,57 euros anuales por cada usuario de estos Servicios.

<sup>893</sup> Es el caso, por ejemplo, del Decreto 56/2009, de 14 de abril, del Gobierno de Aragón, para la promoción de la contratación estable y de calidad (B.O.A. de 24 de abril de 2009).

<sup>894</sup> Sirva como ejemplo, en este caso, la Orden 1857/2008, de 11 de julio, de la Consejería de Empleo y Mujer de la Comunidad Autónoma de Madrid, por la que se regula el procedimiento de concesión de subvenciones para el fomento de la integración laboral de personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo, se establecen los plazos de presentación de las solicitudes y se realiza la convocatoria de la subvención a las unidades de apoyo a la actividad profesional de los Centros Especiales de Empleo para el ejercicio 2008 (B.O.C.M. de 24 de julio de 2008).

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

además de las establecidas para la contratación indefinida, pueden aplicar las previstas para los contratos de trabajo en prácticas o para la formación y el aprendizaje, las correspondientes a sustitución de trabajadores con discapacidad en situación de incapacidad temporal mediante contrato de trabajo de interinidad suscrito con otro trabajador con discapacidad, o las bonificaciones establecidas para el denominado contrato temporal de fomento del empleo<sup>895</sup>, actualmente incorporadas al Programa de Fomento del Empleo regulado en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre. Sin embargo, desde la entrada en vigor de la Orden de 21 de febrero de 1986, por la que se establecen diversos programas de apoyo a la creación de empleo, se establece una bonificación para estos Centros, destinada al mantenimiento de los puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad, del 100 por 100 de la totalidad de las cuotas empresariales de la Seguridad Social. Como ya hemos tenido ocasión de señalar, esta regulación sería sustituida por la contenida en la Orden de 16 de octubre de 1998, que consolida el derecho de los Centros Especiales de Empleo a aplicar una bonificación en la cuota empresarial de la Seguridad Social equivalente al importe íntegro de ésta. Finalmente, y a pesar de que a diferencia de lo que ha sucedido con las subvenciones reguladas en la Orden de 1998, que tras distintos avatares se han mantenido inalteradas hasta la actualidad, las bonificaciones que esta norma contenía se han visto muy afectadas por la nueva regulación del programa de fomento del empleo que introdujo inicialmente el Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, y que posteriormente se incorporaría a la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, actualmente los Centros Especiales de Empleo mantienen el derecho a bonificarse el 100 por 100 de las cuotas empresariales derivadas de la contratación de trabajadores con

---

<sup>895</sup> La STS de 15 de junio de 2005 (RJ 2005\6954), respecto de la relación laboral especial de las personas con discapacidad que trabajen en Centros Especiales de Empleo, señala que únicamente se prevén como contratos temporales aquellos tipificados en el artículo 15 del TRLET. Sin embargo, este precepto, en la redacción original de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, señalaba en su apartado d), que se podían celebrar contratos de duración determinada "en atención a las circunstancias previstas en el apartado 3 del art. 17, cuando el gobierno haga uso o autorización prevista en el mismo". Entiende el Tribunal Supremo que, con fundamento en este precepto, el art. 44 de la Ley 42/1994 introdujo el contrato de fomento de empleo para trabajadores con discapacidad, previendo la posibilidad de que los empresarios pudieran acogerse a esta modalidad. Concluye el Tribunal Supremo que el contrato de fomento de empleo realizado entre un Centro Especial de Empleo y un trabajador con discapacidad es un contrato válido, a pesar de no estar incluido en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

discapacidad. Por este motivo, es difícil encontrar supuestos en los que estos Centros opten por otras bonificaciones, puesto que en ningún caso resultarán más beneficiosas en estrictos términos económicos que las establecidas en la Ley 43/2006.

Como ya hemos señalado en apartados anteriores de este mismo capítulo, la aprobación del Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, supone la desaparición de una regulación específica de las bonificaciones de la contratación de trabajadores con discapacidad para incorporarlo al marco genérico del Programa de Fomento del Empleo, que actualmente se contiene en la Ley 43/2006. Ya hemos tenido ocasión de analizar las consecuencias de todo tipo que esta técnica compilatoria ha tenido en la eficiencia de las medidas de acción positiva indirecta destinadas a impulsar la contratación de trabajadores con discapacidad<sup>896</sup>, por lo que en este momento procede hacer referencia, únicamente, al contenido de esta norma respecto de las dirigidas a los Centros Especiales de Empleo, para los que el Real Decreto Ley 5/2006 supuso una verdadera conmoción. La reacción adversa de los Centros ante esta nueva norma se debió principalmente al hecho de que su disposición derogatoria única, además de dejar sin efecto la normativa sobre bonificaciones contenida en el Real Decreto 1451/1983, de escaso impacto para estos Centros, derogaba también las referencias a las bonificaciones que aparecían en la Orden de 16 de octubre de 1998, lo que de facto suponía la desaparición de la bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social que se venían aplicando desde la Orden de 21 de febrero de 1986.

De este modo, el Real Decreto Ley 5/2006 suponía que un Centro Especial de Empleo podría tener una bonificación máxima del 100 por 100 de la cuota empresarial de la Seguridad Social o una bonificación menor cuando el importe anual de la bonificación prevista en el Programa fuera inferior al de la cuota empresarial correspondiente al trabajador con discapacidad contratado. Como ya

---

<sup>896</sup> Quizá la más llamativa, como hemos visto, es la sustitución de bonificaciones porcentuales sobre las cuotas por otras de cuantía fija, lo que favorece a los empresarios que contratan a trabajadores con discapacidad con retribuciones bajas y desincentiva la promoción profesional de los mismos, puesto que los incrementos salariales que se derivarían de la misma deja de tener recompensa por la vía de una mayor bonificación.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

hemos visto, esta situación provocó la casi unánime contestación del sector de Centros Especiales de Empleo, provocando una modificación radical de la misma con la publicación de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, que excluye a los Centros Especiales de Empleo del sistema de bonificaciones de importe fijo anual para recuperar en este caso la técnica porcentual, restituyendo el 100 por 100 de bonificación en todas las cuotas empresariales respecto de las contrataciones o transformaciones contractuales que estos Centros lleven a cabo con trabajadores con discapacidad, en los términos establecidos en la propia Ley 43/2006. La propia norma, no obstante, en su Disposición Final Cuarta establece que el Gobierno y las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas, incluidas las organizaciones del sector de la discapacidad, evaluarán el funcionamiento de las medidas que configuran el conjunto de las políticas de empleo de las personas con discapacidad, con la finalidad de determinar las políticas activas de empleo que se aplicarán en el futuro. Lo cierto es que, siete años después de la entrada en vigor de la norma, no se ha modificado este sistema de bonificaciones de los Centros Especiales de Empleo.

Especial relevancia tiene en este ámbito la regulación de las causas de exclusión del Programa de Fomento del Empleo, reguladas en el artículo 6 de la Ley 43/2006, a las que ya nos hemos referido anteriormente con carácter general, en relación con los Centros Especiales de Empleo a los que, por otra parte, también afectan los requisitos básicos de todos los beneficiarios, esto es, por una parte hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, y por otra el de no haber sido excluidos del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas. Por lo que hace referencia a las causas de exclusión contenidas en ese artículo 6<sup>897</sup>, se trata de condiciones que no

---

<sup>897</sup> Estas causas ya habían sido introducidas por la Disposición Adicional Quinta de la Ley 24/2001, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que vino a incorporar como causas de exclusión de la contratación bonificada de trabajadores con discapacidad regulada en el Real Decreto 1451/1983 las que en aquellos momentos regían para los restantes colectivos bonificados, regulados en los correspondientes Programas de Fomento del Empleo. De este modo, a partir de ese momento pasan a igualarse todos los colectivos incentivados por lo que se refiere a las causas de exclusión de las bonificaciones, si bien también en este caso el legislador ponderó inmediatamente el impacto de la medida, procediendo a su corrección al cabo de unos

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

afectaban a la contratación de los Centros Especiales de Empleo cuando las bonificaciones que éstos aplicaban se hallaban reguladas en la Orden de 16 de octubre de 1998, puesto que esta norma únicamente contemplaba exigencia de mantenimiento de empleo durante al menos tres años, so pena de perder las ayudas recibidas. La situación variará notablemente al incorporar a su Programa de Fomento del Empleo, primero el Real Decreto Ley 5/2006 y posteriormente la Ley 43/2006, las bonificaciones correspondientes a las contrataciones de trabajadores con discapacidad, sea cual sea el tipo de empleador que las celebre, lo que supone que las causas de exclusión del programa pasan a serlo del acceso a las bonificaciones para los Centros Especiales de Empleo. Como ya hemos visto, la única peculiaridad que prevé el Real Decreto Ley 5/2006 es que cuando se trate de contrataciones con trabajadores con discapacidad, solamente les serán de aplicación las exclusiones de la letra c) del artículo 6.1, si el contrato previo hubiera sido por tiempo indefinido, y de la letra d), así como la relativa a los despidos improcedentes de contratos bonificados del artículo 6.2. Este cambio en las condiciones de acceso a las bonificaciones provocó una auténtica convulsión en el sector de Centros Especiales de Empleo, que veía cómo se restringían de un modo muy notable sus posibilidades de aplicar bonificaciones en la contratación de trabajadores con discapacidad.

El principal problema que supuso aplicar a los Centros Especiales de Empleo las causas de exclusión de los apartados c) y d) del artículo 6.1 de la Ley 43/2006, aun con los matices que se establecen para la contratación de trabajadores con discapacidad, fue la dificultad para promover la función integradora de estos trabajadores en el mercado ordinario de trabajo, de modo que su salida de un Centro Especial para incorporarse a una empresa ordinaria implicaba inmediatamente la posibilidad de incurrir en causa de exclusión respecto de las bonificaciones si ese mismo trabajador intentara regresar al Centro Especial de empleo tras una experiencia fallida. En este sentido, el Real Decreto 290/2004 ya contenía previsiones específicas para los supuestos de fracaso en la transición

---

pocos meses, al eliminar dos de las causas de exclusión que había introducido la Ley 24/2001. No obstante, estos movimientos legislativos no afectaban a los Centros Especiales de Empleo, puesto que no se acogían a estas normas para aplicar las bonificaciones.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

desde el enclave laboral hacia la empresa colaboradora, pero no pasaban de ser remisiones genéricas a la negociación colectiva y a la regulación normativa de la excedencia voluntaria que en modo alguno resolvían los problemas derivados de la indefinición de las causas que pueden provocar la solicitud de reincorporación del trabajador con discapacidad al Centro Especial de Empleo en esta “excedencia por transición”, o de la debilidad de la posición del trabajador ante esta situación, ya que la efectividad del derecho al retorno queda condicionada a la existencia de vacante en el propio Centro.

El recurso de acudir a la excedencia voluntaria como mecanismo que permitiese eludir la aplicación de las causas de exclusión que afectan a los Centros Especiales de Empleo tampoco resuelve definitivamente esta cuestión, puesto que de no venir expresamente previsto en el convenio colectivo aplicable, debería someterse a todas las condiciones y limitaciones que contiene el artículo 46.2 del TRLET. Es por ello que pareciera más aconsejable instrumentar estas situaciones en relación con lo dispuesto en los apartados a) y b) del artículo 45.1 del TRLET<sup>898</sup>, de modo que cuando el trabajador vaya a transitar hacia la empresa ordinaria, se pueda pactar una excedencia forzosa por vía contractual, logrando de este modo que si la transición fracasa y el trabajador retorna al Centro no se habrá producido una “contratación” de un trabajador que ha extinguido un vínculo indefinido en los últimos tres meses, sino que estaremos ante la reactivación de un vínculo contractual preexistente, lo que debería permitir el disfrute de la bonificación por parte del Centros Especiales de Empleo<sup>899</sup>.

Por otra parte, la movilidad de trabajadores entre Centros Especiales de Empleo presentaba también nuevos problemas con el nuevo marco normativo representado por el artículo 6 de la Ley 43/2006, puesto que el hecho de haber mantenido una relación laboral de carácter indefinido próxima en el tiempo podía provocar en la nueva contratación la pérdida de las bonificaciones. Así, el Centro

---

<sup>898</sup> En los apartados mencionados se declaran causas de suspensión del contrato de trabajo el mutuo acuerdo de las partes y las consignadas válidamente en el contrato.

<sup>899</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J.: «Los incentivos laborales a la actividad en Centros Especiales de Empleo», en ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Directores) y SOLÀ MONELLS, X. (Coordinador): *La aplicación del Derecho del Trabajo...*, op. cit., págs. 328 a 329.



## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

de destino, al que quizá el trabajador acudiera por encontrar mejores condiciones de trabajo, resultaba penalizado con la pérdida de las bonificaciones si la anterior relación laboral tenía carácter indefinido y en la sucesión de uno a otro contrato no transcurrían más de 3 meses. Ello suponía una evidente limitación de la libertad contractual de los trabajadores con discapacidad, puesto que no se puede obviar el impacto que el incentivo económico tiene, en la inmensa mayoría de los casos, en la decisión contractual del Centro. Tampoco la utilización de otras modalidades contractuales, más precarias en definitiva, por parte del Centro Especial de Empleo de destino resolvía el problema, puesto que las causas de exclusión lo son de las “bonificaciones previstas en este programa”, por lo que cualquier bonificación que se derive del mismo, incluidas las correspondientes a contratos temporales, estará sometida a sus causas de exclusión.

Sensible a los problemas derivados de la aplicación de estas causas de exclusión a los Centros Especiales de Empleo y las negativas consecuencias que en la contratación de trabajadores con discapacidad y en el tránsito de éstos hacia las empresas ordinarias presentaban tales causas, el legislador introduce una interesante modificación en el artículo 6.3 de la Ley 43/2006 a través de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. El artículo 7.2 de esta última Ley introduce en aquélla un nuevo redactado de acuerdo con el cual la exclusión establecida en la letra d) del apartado 1 del propio artículo 6 no será de aplicación en el supuesto de contratación de trabajadores con discapacidad procedentes de Centros Especiales de Empleo<sup>900</sup>, tanto en lo que se refiere a su incorporación a una empresa ordinaria, como en su posible retorno al centro especial de empleo de procedencia o a otro Centro Especial de Empleo. Se pretende resolver, de este modo, el problema del tránsito fallido al que nos hemos referido anteriormente, de modo que en estos casos no operará como causa de exclusión del derecho a las bonificaciones para el Centro Especial de Empleo de origen ni para el Centro o la empresa de destino la circunstancia de que el trabajador con discapacidad hubiera tenido una relación laboral indefinida

---

<sup>900</sup> Tampoco operará en el supuesto de incorporación a una empresa ordinaria de trabajadores con discapacidad en el marco del programa de empleo con apoyo.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

con anterioridad. De este modo, la empresa receptora podrá aplicar las bonificaciones del programa de fomento del empleo, y lo mismo podrá hacer el Centro Especial de Empleo si la transición resulta fallida y el trabajador regresa al mismo.

No obstante el loable intento del legislador por no entorpecer el natural camino del tránsito desde el empleo protegido hacia el ordinario, previsto por otra parte en la propia LISMI, lo cierto es que siguen existiendo notables obstáculos. El principal de ellos es que, resuelto el problema que suponía que la empresa de destino en este proceso de transición no pudiera beneficiarse de las bonificaciones previstas en la Ley 43/2006, siguen existiendo riesgos para el Centro Especial de Empleo de origen si ese tránsito no prospera y el trabajador regresa antes de que hayan transcurrido dos años desde su salida del Centro, puesto que operaría, salvo si se trata de un trabajador con discapacidad con especial dificultad para su inserción laboral, la causa de exclusión de la letra c) del artículo 6.1 siempre que el contrato de origen en el Centro Especial de Empleo fuera indefinido<sup>901</sup>. En este sentido, parece que la reforma operada por la Ley 27/2009 se quedó corta, y debiera haber contemplado también la posibilidad de que, en el caso de que el trabajador cesara en la empresa de destino y regresara al Centro Especial de Empleo de origen, no operara la causa de exclusión del artículo 6.1.c) de la Ley 43/2006. Ante esta situación, el recurso a la excedencia voluntaria en el Centro Especial de Empleo o a las causas de suspensión del contrato de trabajo a que nos hemos referido anteriormente, sigue siendo plausible para evitar riesgos en los procesos de transición hacia el empleo ordinario, si bien sorprende que el legislador no tome la iniciativa para generar mecanismos que incentiven esos procesos y los faciliten, en lugar de poner trabas a los mismos y generar inseguridad en los Centros que deciden seguir ese camino, que en la práctica no son muchos ni afectan a un número significativo de trabajadores con discapacidad<sup>902</sup>.

---

<sup>901</sup> Que será lo habitual en la práctica, ya que los trabajadores que transitan desde el empleo protegido hacia el ordinario acostumbran a hacerlo tras una larga experiencia en el primero.

<sup>902</sup> Seguramente, los riesgos de pérdida de bonificaciones no son la única causa de esta baja incidencia del tránsito, puesto que al menos se pueden identificar otras que explicarían este hecho: por una parte, la falta de incentivos económicos para los Centros que promueven activamente el tránsito hacia el mercado ordinario de trabajo; por otra, el desequilibrio que en

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

Sí resuelve, no obstante, la reforma introducida por la Ley 27/2009, de una manera definitiva los problemas que planteaban las causas de exclusión en relación con la transición desde el mercado protegido hacia el ordinario respecto del colectivo de trabajadores con discapacidad afectados por especiales dificultades para acceder al empleo, puesto que en el nuevo redactado del artículo 6.3 de la Ley 43/2006 se establece que, en todo caso, las exclusiones de las citadas letras c) y d) no se aplicarán si se trata de alguno de estos trabajadores. La expresión “en todo caso” parece apuntar a que estas causas de exclusión no operarán aun cuando no sean Centros Especiales de Empleo los que contraten a estos trabajadores o el origen de los mismos cuando los contrata una empresa ordinaria. Plausible decisión del legislador, que permite que cualquier empresa, tanto del mercado ordinario de trabajo como del protegido, pueda contratar a un trabajador con discapacidad afectado por especiales dificultades para acceder al empleo, sin que le sea de aplicación ninguna de las causas de exclusión del artículo 6.1 de la Ley 43/2006, de modo que únicamente podrá quedar excluida de las bonificaciones en estos casos si hubiera extinguido contratos bonificados en los doce meses anteriores por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo<sup>903</sup>.

A este respecto, hay que señalar finalmente que, a pesar de las modificaciones introducidas por la Ley 27/2009, que sin duda han supuesto una atenuación de las causas de exclusión para los Centros Especiales de Empleo y para la contratación de trabajadores con discapacidad afectados por especiales dificultades para acceder al empleo, en todos los casos se mantiene como causa de exclusión de las bonificaciones previstas para los contratos temporales de fomento del empleo regulados en la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006 el supuesto de que la empresa haya extinguido contratos indefinidos por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo en los doce

---

algunos de esos Centros supone prescindir de trabajadores que pueden ocupar una posición estratégica desde el punto de vista de sus recursos humanos.

<sup>903</sup> Y, aun en estos casos, la exclusión afectará a un número de contratos igual al de las extinciones producidas y se limitará en el tiempo hasta que hayan transcurrido doce meses desde el reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo.

meses anteriores a la contratación. Así, aun cuando se tratara del tránsito hacia el mercado ordinario de trabajo o de la contratación de un trabajador con discapacidad afectado por especiales dificultades para acceder al empleo, la empresa o el Centro Especial de Empleo que hubiera realizado esas extinciones no podría acceder al derecho a las bonificaciones previstas para ese contrato temporal de fomento del empleo si no hubiera transcurrido el mencionado periodo de doce meses. Parece excesivo, y contradictorio con el espíritu aperturista de la reforma de la Ley 27/2009, apartar de manera definitiva del acceso al derecho a las bonificaciones a las empresas y Centros que se hallan en esta situación sin que exista limitación temporal de la exclusión ni proporción entre el número de despidos y el de contratos que no se pueden celebrar, de modo que también en este supuesto resultaría recomendable establecer excepciones para las situaciones de tránsito desde el empleo protegido hacia el ordinario y para las de contratación de trabajadores con discapacidad afectados de especiales dificultades para acceder al empleo.

#### **4.3.4 Fomento del empleo con apoyo de las personas con discapacidad**

El empleo con apoyo se ha venido diseñando en muchos países como una medida de acción positiva para favorecer el acceso al empleo ordinario de las personas con discapacidad. En realidad, es una medida mixta entre el empleo ordinario y el empleo protegido puesto que, constituyendo aquél su finalidad última, se constituye en entornos específicos de éste. El empleo con apoyo como modelo de integración laboral comenzó a desarrollarse en Estados Unidos en los años 80<sup>904</sup>, extendiéndose en aquella misma década al Reino Unido, que crea una modalidad específica de empleo protegido denominada *supported employment*, consistente en que una entidad local o una organización sin ánimo de lucro contrata, a través del servicio de empleo, a una persona con discapacidad que prestará servicios en una empresa ordinaria. La base de este modelo es que cualquier persona puede obtener y mantener un empleo en el

---

<sup>904</sup> VERDUGO ALONSO, M. A., JORDÁN DE URRÍES, F.B. y BELLVER, F. (1998): «Situación actual del Empleo con Apoyo en España», Siglo Cero nº175, 1998, Vol. 29, (1), págs. 23 a 24.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

medio ordinario si se le procura apoyo suficiente<sup>905</sup>. Experiencias de este tipo se han llevado a cabo también en Irlanda y en otros países de la Unión Europea, y ha sido acogida por el Consejo de Europa como mecanismo de integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario<sup>906</sup>.

La implantación en España del empleo con apoyo no se producirá hasta años más tarde, cuando la experiencia ya había tenido décadas de desarrollo en otros países. Así, podemos afirmar que el empleo con apoyo existe normativamente como medida de inserción de personas con discapacidad en el mercado laboral desde la publicación del 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. En esta norma se define el empleo con apoyo como “el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestadas por preparadores laborales especializados, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes”. De este modo, el empleo con apoyo se presenta como un programa individualizado de inserción laboral dirigido a personas con discapacidad que presentan especiales dificultades<sup>907</sup> y cuya finalidad es conseguir que estas personas sean contratadas por una empresa<sup>908</sup>, ya sea con

---

<sup>905</sup> YSAS MOLINERO, E.: «Estudio de Derecho comparado», en *La aplicación del Derecho del Trabajo...*, op. cit., pág. 402.

<sup>906</sup> COUNCIL OF EUROPE: *Employment strategies to promote equal opportunities for persons with disabilities on the labour market*, Council of Europe Publishing, 2000, pág. 25.

<sup>907</sup> Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100, personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100, o bien personas sordas y con discapacidad auditiva, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por ciento.

<sup>908</sup> LAHERA FORTEZA, J.: «Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados», en VALDÉS DAL-RE, F. (Director) y LAHERA FORTEZA, J. (Coordinador): *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, op. cit., pág.138. El autor proponía una posibilidad de relación pre-contractual, preparatoria para la adaptación del futuro trabajador a la empresa que, finalmente, no fue acogida en el Real Decreto 870/2007.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

carácter temporal o indefinido<sup>909</sup>, y se integren en el mercado laboral ordinario<sup>910</sup>. Para ello, el Real Decreto 870/2007 exige a los proyectos de empleo con apoyo el desarrollo de, al menos, las siguientes acciones<sup>911</sup>:

- Orientación, asesoramiento y acompañamiento a la persona con discapacidad, elaborando para cada trabajador un programa de adaptación al puesto de trabajo.
- 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.
- Apoyo al trabajador en el desarrollo de habilidades sociales y comunitarias, de modo que pueda relacionarse con el entorno laboral en las mejores condiciones.
- Adiestramiento específico del trabajador con discapacidad en las tareas inherentes al puesto de trabajo.
- Seguimiento del trabajador y evaluación del proceso de inserción en el puesto de trabajo. Estas acciones tendrán por objeto la detección de necesidades y la prevención de posibles obstáculos, tanto para el trabajador como para la empresa que le contrata, que pongan en peligro el objetivo de inserción y permanencia en el empleo.
- Asesoramiento e información a la empresa sobre las necesidades y procesos de adaptación del puesto de trabajo.

---

<sup>909</sup> En el caso de la contratación temporal, la duración mínima deberá ser de seis meses y, en todo caso, cuando se contrate a tiempo parcial la jornada no podrá ser inferior al 50 por 100 de la de un trabajador a tiempo completo comparable.

<sup>910</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La regulación estatal del empleo con apoyo: un mecanismo necesario para el empleo normalizado de las personas con discapacidad», en AA.VV: *Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de empleo. XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, págs. 608 a 610.

<sup>911</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La regulación estatal del empleo con apoyo...», op. cit., pág. 612. El autor señala que las entidades que tradicionalmente han venido operando en el empleo con apoyo acostumbran a realizar, además de las fijadas en la norma y con carácter preparatorio de las mismas en muchos casos, otras acciones relacionadas con la intermediación y la preparación de los trabajadores con discapacidad para el adecuado desarrollo de un puesto de trabajo.

## La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España

---

Los proyectos de empleo con apoyo deberán ser desarrollados, en los términos establecidos en el artículo 5 del Real Decreto 870/2007, por alguna de las entidades promotoras recogidas en el artículo 4 de la misma norma, a saber:

- Las asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro que suscriban el correspondiente convenio de colaboración con la empresa que va a contratar a los trabajadores con discapacidad a los que se les va a prestar el empleo con apoyo y que cumplan los requisitos establecidos<sup>912</sup>. De hecho, estas asociaciones ya venían desarrollando proyectos de inserción similares a los establecidos en el Real Decreto 870/2007 anteriormente<sup>913</sup>.
- Los Centros Especiales de Empleo, calificados e inscritos como tales en el Registro correspondiente, que suscriban un convenio de colaboración con la empresa que va a contratar a trabajadores con discapacidad procedentes de la plantilla del mismo centro o de otros Centros Especiales de Empleo, siempre que cumplan los requisitos exigidos en la norma<sup>914</sup>.
- Las empresas del mercado ordinario de trabajo, incluidos los trabajadores autónomos, que contraten a los trabajadores con discapacidad beneficiarios de dichas acciones siempre que cuenten en su plantilla con preparadores laborales especializados que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 7 del Real Decreto 870/2007 o se comprometan

---

<sup>912</sup> Deberán tener por objeto social, entre otros, la inserción laboral o la creación de empleo a favor de personas con discapacidad y contar en su plantilla con preparadores laborales especializados que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 7 del Real Decreto 870/2007, o bien comprometerse a incorporarlos, así como disponer de los recursos materiales necesarios que garanticen un desarrollo idóneo de los programas de empleo con apoyo. Además, deberán tener experiencia acreditada en el desarrollo de programas de integración laboral de personas con discapacidad y desarrollar las actividades de empleo con apoyo de modo gratuito, sin que quepa el cobro o el percibo de ningún tipo de cantidad o tarifa a trabajadores o empresarios.

<sup>913</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La regulación estatal del empleo con apoyo...», op. cit., pág. 614.

<sup>914</sup> Estos Centros deben contar en su plantilla con preparadores laborales especializados que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 7 del Real Decreto 870/2007 o bien comprometerse a incorporarlos, así como disponer de los recursos materiales necesarios que garanticen un desarrollo idóneo de los programas de empleo con apoyo. Además, deberán desarrollar las actividades de empleo con apoyo de modo gratuito, sin que quepa el cobro o el percibo de ningún tipo de cantidad o tarifa a trabajadores o empresarios.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

a incorporarlos, y que dispongan de los recursos materiales necesarios que garanticen un desarrollo idóneo de los programas de empleo con apoyo.

Pues bien, además de constituir el empleo con apoyo *per se* una medida de acción positiva, puesto que la empresa ordinaria que participa en el proyecto tendrá como incentivo muy valioso la posibilidad de contar con soporte específico y especializado respecto del trabajador con discapacidad que decide contratar, el Real Decreto 870/2007 introduce ayudas económicas específicas para subvencionar los costes laborales y de Seguridad Social derivados de la contratación de los preparadores laborales durante el desarrollo del proyecto de empleo con apoyo<sup>915</sup>. El artículo del Real Decreto 870/2007 establece en su artículo 8 estas subvenciones, ya se haya realizado la contratación durante el desarrollo del proyecto o con anterioridad al inicio del mismo, con unas cuantías variables en función del número de trabajadores con el tipo de discapacidad y grado de discapacidad. Son las siguientes<sup>916</sup>:

- 6.600 euros anuales por cada trabajador en el caso de trabajadores con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %.
- 4.000 euros anuales por cada trabajador en el caso de trabajadores con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 % e inferior al 65 %.
- 2.500 euros anuales por cada trabajador en el caso de trabajadores con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %.

---

<sup>915</sup> El importe de estas ayudas, aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos supere tendrá como límite el importe de estos costes. En todo caso, hay que señalar que las convocatorias autonómicas introducen numerosos matices en este aspecto.

<sup>916</sup> Hay que tener en cuenta que las subvenciones se reducirán proporcionalmente en función de la duración del contrato de cada trabajador con discapacidad así como en función de su jornada en el supuesto de que el contrato sea a tiempo parcial.



## **La acción positiva indirecta o promocional de la contratación de trabajadores con discapacidad en España**

---

Estas subvenciones se concederán por períodos máximos de un año, prorrogables hasta otro año más, salvo en el caso de trabajadores con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100, para las que el plazo máximo de dos años podrá ampliarse hasta seis meses más, siempre y cuando se detecten situaciones de especial dificultad que exijan necesidades específicas de apoyo. Todo ello, previa solicitud por parte de las entidades interesadas tramitada de acuerdo con el procedimiento establecido.

Para el cálculo de las subvenciones de los proyectos de empleo con apoyo se tendrá en cuenta únicamente el periodo en que cada trabajador con discapacidad permanezca contratado y recibiendo apoyo durante el desarrollo del proyecto, y la concesión de las mismas estará condicionada a la existencia de disponibilidades presupuestarias para dicho fin según lo consignado anualmente en los presupuestos del Servicio Público de Empleo Estatal. Por otra parte, no podrán otorgarse estas subvenciones referidas a un mismo trabajador con discapacidad, aunque correspondan a distintos proyectos de empleo con apoyo, por tiempo superior a dos años o a treinta meses en el supuesto de trabajadores con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100.

Finalmente, hay que señalar que el Real Decreto 870/2007, en su artículo 4.2, prevé una especialidad dentro del empleo con apoyo dirigida a financiar procesos de acompañamiento promovidos por Centros Especiales de Empleo, con la que se pretende favorecer el acceso al mercado de trabajo ordinario de los trabajadores que prestan servicio en los mismos o en otros Centros Especiales de Empleo. Como en los casos de otras entidades promotoras de los proyectos de empleo con apoyo, esta medida pretende financiar los costes laborales y de Seguridad Social de los preparadores laborales encargados de llevar a cabo el acompañamiento de los trabajadores con discapacidad afectados de especiales dificultades en proceso de transición hacia el empleo en empresas ordinarias, y se declara expresamente que estas subvenciones son compatibles con las previstas

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

en el Real Decreto 469/2006 para las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social<sup>917</sup>. No obstante, hay que tener en cuenta que, en algunos casos, la normativa autonómica se ha mostrado restrictiva en este ámbito, limitando en ocasiones estas ayudas a los Centros Especiales de Empleo cuya titularidad recaiga en entidades de “iniciativa social”<sup>918</sup>, de lo que cabe deducir que quedarían fuera de la ayuda los Centros Especiales de Empleo dependientes de entidades con ánimo de lucro<sup>919</sup>. En todo caso, la norma estatal limita el importe de la subvención anual máxima por preparador laboral a tiempo completo a 20.000 euros anuales<sup>920</sup>.

---

<sup>917</sup> Tal compatibilidad requiere que el Centro Especial de Empleo preste el apoyo previsto a los trabajadores con discapacidad contratados que sean destinatarios del programa, en las condiciones establecidas en cada uno de ellos. Por otra parte, se exige que los costes laborales y de Seguridad Social derivados de la contratación de los preparadores laborales correspondientes a cada programa sean imputados proporcionalmente de acuerdo con la dedicación a la unidad de apoyo a la actividad profesional –ajuste personal y social- o al proyecto de empleo con apoyo. También en este caso, y en el marco de la mencionada compatibilidad, el límite subvencionable es el importe de tales costes laborales y de Seguridad Social.

<sup>918</sup> Así sucedió en Cataluña, por ejemplo, con la Orden TRE 267/2008, de 22 de mayo, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas y subvenciones a los programas de igualdad de oportunidades en el trabajo: programas laborales para la diversidad.

<sup>919</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J.: «Los incentivos laborales a la actividad en Centros Especiales de Empleo», en ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Directores) y SOLÀ MONELLS, X. (Coordinador): *La aplicación del Derecho del Trabajo...*, op. cit., pág. 344.

<sup>920</sup> También en este aspecto la normativa autonómica ha introducido distintas variables. Así, la mencionada Orden catalana TRE 267/2008, de 22 de mayo, elevó esta cuantía hasta los 25.000 euros anuales. No obstante, esa aparente expansividad de esta normativa tropieza con las limitaciones presupuestarias; sirva como ejemplo que la Orden catalana TRE/439/2007, de 28 de noviembre, reguladora de las bases para la concesión de subvenciones de empleo con apoyo, previó unos fondos de 300.000 euros para el año 2007. La Orden EMO/360/201, de 30 de octubre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones del Programa de Empleo con Apoyo de personas con discapacidad y/o enfermedad mental en el mercado ordinario de trabajo y se abre la convocatoria para el año 2012, ha ajustado los límites subvencionables a la normativa estatal.

## CAPÍTULO 5: LA ACCIÓN POSITIVA DIRECTA EN ESPAÑA. LAS CUOTAS DE RESERVA DE EMPLEO.

### 5.1 La acción positiva directa: planteamiento general

A diferencia de lo que sucede con las medidas promocionales de acción positiva, en general los legisladores han limitado de manera muy evidente la incorporación de medidas de acción directa, acosados probablemente por las reticencias que políticas más contundentes en esta materia pudieran tener en la percepción general de la ciudadanía y, con toda seguridad, por la nitidez con la que estas medidas pueden entrar en conflicto con derechos constitucionales básicos. Así, mientras que con la implantación de medidas de acción positiva de naturaleza promocional no se interfiere directamente en las decisiones contractuales de las empresas, con la acción directa se imponen relaciones laborales en las mismas, lo que necesariamente plantea la cuestión de la justificación de estas medidas desde la perspectiva de los derechos constitucionales.

Uno de los aspectos más intensamente suscitados y abordados por el Tribunal Constitucional, como ya hemos tenido ocasión de comprobar en capítulos anteriores de esta obra, ha sido el de la interferencia de la acción positiva directa con el principio de igualdad del artículo 14 de la CE y las limitaciones que aquélla pueda suponer para la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE, dentro de la Sección Segunda del Capítulo II, como uno de los derechos de los ciudadanos. Sin el rango constitucional de derecho fundamental, lo cierto es que la CE ordena a los poderes públicos que garanticen y protejan su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. En este sentido, el TC ha tenido repetidas ocasiones para pronunciarse sobre el alcance que la acción positiva directa deba tener sin conculcar el derecho fundamental a la igualdad y el derecho constitucional a la libertad de empresa<sup>921</sup>, y lo ha hecho en distintos ámbitos, además de la discapacidad, como por ejemplo en materia de edad y de sexo<sup>922</sup>.

---

<sup>921</sup> MUÑOZ ARNAU, J.: *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*, Pamplona, Aranzadi, 1998, págs. 149 a 150.

<sup>922</sup> Vid. 1.2.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

En relación con la edad, en la STC 78/2012, de 16 de abril (BOE de 16 de mayo), el TC entra a valorar el contenido del segundo párrafo del artículo 34.2 de la Ley del Parlamento Vasco 11/1994, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco. En dicho precepto se establecían como criterios de valoración para el acceso a la titularidad de una oficina de farmacia, las circunstancias y méritos profesionales y académicos establecidos reglamentariamente según baremo, si bien se condicionaba la concesión a farmacéuticos de más de 65 años a que no existieran otras solicitudes en el mismo expediente. El TC concluye que existe en este caso una vulneración del artículo 14 de la CE, puesto que el precepto analizado implica una discriminación por razón de la edad que no es constitucionalmente admisible, pero no resuelve la cuestión de la afectación al derecho a la libertad de empresa. No obstante, es abundante la jurisprudencia del TC en relación con las limitaciones del derecho a la libertad de empresa<sup>923</sup>, en el sentido de afirmar que los derechos constitucionales pueden ceder ante otros bienes o valores constitucionalmente protegidos, si bien ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia CE<sup>924</sup>.

La presunta colusión, en definitiva, de estas acciones positivas con la libertad del empresario a la hora de fijar el volumen y la distribución del empleo, se ha resuelto mediante la justificación de las primeras en la función social de la iniciativa económica privada. Estas medidas coactivas de fomento del empleo se enmarcan, pues, dentro de las acciones positivas no igualitarias, amparadas por la CE, dentro de la protección antidiscriminatoria que de ella emana<sup>925</sup>. La posibilidad de configurar reservas de empleo, que viene establecida en el artículo 17.2 TRLET, se concreta, como veremos, para las personas con discapacidad, en el artículo 42 del TRLGD.

---

<sup>923</sup> STC 111/1983, de 2 de diciembre; STC 83/1984, de 24 de julio; STC 225/1993, de 8 de julio, entre otras.

<sup>924</sup> STC 109/2003, de 5 de junio (BOE de 1 de julio).

<sup>925</sup> NUÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La integración laboral de las personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 241.

Así pues, una vez resuelta la cuestión a favor de la acción positiva directa como mecanismo de consecución del principio constitucional de igualdad, en sus vertientes material y formal, y de realización efectiva de la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos en relación con el empleo, lo cierto es que la libertad de empresa no es sino el reconocimiento constitucional de que el empresario optimiza sus recursos humanos para lograr la mayor rentabilidad económica de acuerdo con los requerimientos del mercado en el que actúa en términos de competencia y competitividad. No obstante, las exigencias del Estado social en materia de empleo, trabajo y ocupación requieren de la intervención de los poderes públicos para propiciar una situación económica que posibilite la efectiva adquisición o conservación de un puesto de trabajo en un mercado, el del trabajo, que ha de adaptarse continuamente a los cambios económicos<sup>926</sup>.

Sobre este planteamiento general de la acción positiva directa, y desde la constitucionalidad de las normas que la establecen –siempre que éstas superen los juicios de racionalidad y proporcionalidad que requieren cualesquiera acciones que puedan afectar a derechos fundamentales o a otros derechos constitucionales de los ciudadanos- afrontaremos en este capítulo el estudio de la más importante de las medidas de acción positiva directa en el ámbito del empleo de las personas con discapacidad, que no es otra que la referida a las cuotas de reserva de empleo, tanto en el ámbito privado como en el público, y al cumplimiento de estas obligaciones tanto por la vía directa de la contratación de trabajadores con discapacidad como por la excepcional que supone la aplicación de medidas alternativas. No obstante, antes de abordar el análisis de la obligación de reserva de empleo, haremos referencia a otras medidas de acción directa que, si bien no han tenido un especial desarrollo normativo y práctico, afectan a un aspecto del empleo especialmente sensible, que es el relacionado con la discapacidad sobrevenida y el mantenimiento del empleo de las personas que la presentan.

---

<sup>926</sup> SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y: «Empleo privado e igualdad por razón de sexo tras la Ley orgánica de igualdad efectiva de mujeres y hombres», Foro Nueva época, núm. 9/2009, pág. 39.

### **5.1.1 La recolocación de trabajadores con discapacidad sobrevenida**

#### **A) Marco normativo**

Ya en el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores *minusválidos*, al que ya hicimos referencia en el capítulo 2, se reconocían derechos de reincorporación a favor de trabajadores que hubieran visto disminuida su capacidad. Así, en su artículo 13 se establecía, respecto de estos trabajadores, que cuando obtuvieran una plena recuperación funcional, tendrían preferencia absoluta para retornar a la última empresa en la que hubieran prestado servicios, ocupando la primera vacante que se produjera en su categoría y especialidad profesional. Tal posibilidad de retorno a la empresa quedaba condicionada a que el trabajador recuperado funcionalmente no tuviera derecho a la pensión de jubilación.

Derogado ese Decreto 2531/1970, el Real Decreto 1451/1983 contempla distintas medidas de empleo selectivo a favor de trabajadores a quienes se hubiera reconocido una situación de incapacidad permanente, en sus distintos grados<sup>927</sup>. En este sentido, el artículo 1 de la norma señalada establece, como no podía ser de otro modo<sup>928</sup>, que los trabajadores que hayan sido declarados en situación de incapacidad permanente parcial, tienen derecho a su reincorporación en la empresa. Sobre esta relevante cuestión, la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012 preveía, dentro de su apartado 4.10, la realización de un estudio, y en su caso una adecuación de las normas sobre empleo selectivo y discapacidad sobrevenida contenidas en este

---

<sup>927</sup> La Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012 preveía, dentro de su apartado 4.10, la realización de un estudio, y en su caso una adecuación de las normas sobre empleo selectivo y discapacidad sobrevenida contenidas en este Real Decreto 1451/1983, adaptándolas a la regulación del fomento del empleo de las personas con discapacidad. Conviene decir, en este punto, que el vigente programa de fomento del empleo para este colectivo, contenido en la Ley 43/2006, establece medidas casi exclusivamente dirigidas a la obtención de un empleo, pero dificulta enormemente, como también hemos podido señalar en el capítulo anterior, el fomento del mantenimiento del empleo por parte de los trabajadores a quienes sobreviene una discapacidad. No consta, sin embargo, que ni el estudio ni la adecuación previstos en la Estrategia hayan tenido un resultado visible.

<sup>928</sup> El artículo 49 del TRLET no incluye entre las causas de extinción del contrato de trabajo la incapacidad permanente parcial del trabajador, a diferencia de lo que sucede con las incapacidades permanentes total o absoluta y la gran invalidez, si bien con las especiales condiciones que, en estos últimos casos, establece el artículo 48.2 del propio TRLET.

Real Decreto 1451/1983, adaptándolas a la regulación del fomento del empleo de las personas con discapacidad. Conviene decir, en este punto, que el vigente programa de fomento del empleo para este colectivo, contenido en la Ley 43/2006, establece medidas casi exclusivamente dirigidas a la obtención de un empleo, pero dificulta enormemente, como hemos podido señalar en el capítulo anterior, el fomento del mantenimiento del empleo por parte de los trabajadores a quienes sobreviene una discapacidad. No consta, sin embargo, que ni el estudio ni la adecuación previstos en la Estrategia hayan tenido un resultado visible.

Por otra parte, el propio artículo 1 del Real Decreto 1451/1983 establece unas peculiares condiciones de reincorporación de estos trabajadores, destacando la previsión de que, si el empresario puede acreditar la disminución en el rendimiento del trabajador afectado por la incapacidad permanente parcial, éste deberá ser ocupado en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual, y si no existiera, podrá reducir proporcionalmente el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25 por 100 ni los ingresos inferiores al salario mínimo interprofesional cuando se realice una jornada completa de trabajo. No obstante, esta posibilidad debe ser interpretada restrictivamente, puesto que conviene recordar en este punto que el artículo 40.2 del TRLGD<sup>929</sup> obliga a los empresarios a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo<sup>930</sup> 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<sup>931</sup>.

---

<sup>929</sup> Con contenido idéntico al del derogado artículo 37.bis.2 de la LISMI

<sup>930</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: «Igualdad de Oportunidades, discapacidad y empleo», en AA.VV.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación...*, op. cit., págs. 574 a 575. Los autores distinguen entre adaptaciones estructurales y adaptaciones organizativas.

<sup>931</sup> Hay que tener en cuenta, en este sentido, que tal obligación afecta a los empresarios únicamente respecto de los trabajadores con discapacidad. En este aspecto, como en tantos otros, la imprecisa definición del concepto de discapacidad en nuestra normativa, y los puntos de fricción y de diferencia que el mismo tiene con el de incapacidad permanente, y que hemos podido analizar en el segundo capítulo de esta obra, provoca no pocas disfunciones a la hora de determinar en qué casos un trabajador afectado por una incapacidad permanente total es beneficiario de este derecho de adaptación y en cuáles, por carecer de la condición de persona con discapacidad, se verá privado de él. A pesar de la unificación que en esta materia ha supuesto

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Sin embargo, desde el punto de vista de la creación de empleo no estamos ante un supuesto de acción positiva directa *stricto sensu*, puesto que, no habiéndose producido la extinción del contrato de trabajo, no existe imposición contractual alguna *ex lege*<sup>932</sup>. En el caso de las declaraciones de incapacidad permanente total y absoluta, sin embargo, los mecanismos de empleo selectivo contemplados en el Real Decreto 1451/1983 sí pueden tener la consideración de mecanismos de acción afirmativa directa en la creación de empleo, por cuanto en estos supuestos el previo contrato de trabajo que vinculaba al trabajador con la empresa fue extinguido en el momento en que se produjo una declaración de este tipo. Hay que tener en cuenta, no obstante, que el artículo 48.2 del TRLET establece que, producida la declaración de incapacidad permanente en los grados señalados anteriormente, cuando a juicio del órgano de calificación la situación del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente. De este modo, podemos afirmar que existe una doble previsión legislativa: en las declaraciones de incapacidad permanente definitivamente se produciría la extinción del contrato de trabajo, mientras que en aquellas en las que se prevé una revisión por mejoría el contrato de trabajo quedará suspendido durante un tiempo determinado<sup>933</sup>. Por tanto, en estos supuestos de reincorporación tampoco estaremos ante una medida de acción positiva directa desde el punto de vista de la creación de empleo, por cuanto no se habrá producido la extinción del contrato de trabajo prevista en el artículo

---

la entrada en vigor del TRLGD, conviene recordar que, incluso en los supuestos en que las normas han venido acogiendo la asimilación de la discapacidad con la incapacidad permanente, lo han hecho respecto de los grados de total, absoluta y gran invalidez; en ningún caso respecto de la incapacidad permanente parcial.

<sup>932</sup> En realidad, podríamos decir que no se trata de una medida de acción positiva directa absoluta, y ello a pesar del incuestionable valor del mantenimiento del empleo y la necesidad de accionar positivamente sobre el mismo en el caso de las personas con discapacidad, especialmente en momentos de crisis de empleo e incremento de las tasas de desempleo de este colectivo.

<sup>933</sup> MORA GONZÁLEZ, V.: «Régimen jurídico del sistema español de empleo para personas con discapacidad», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad...*, op. cit., pág. 642.



49.1.e)<sup>934</sup> y, en consecuencia, la medida opera directamente sobre el mantenimiento del empleo.

Sin embargo, el artículo 2 del Real Decreto 1451/1983 contiene medidas de empleo selectivo para los casos en que, producida una declaración de incapacidad permanente total o absoluta, el contrato de trabajo resulta extinguido por aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.1.e) del TRLET, y siempre que, tras haber recibido prestaciones de recuperación profesional<sup>935</sup> hubieran recobrado su plena capacidad laboral. En estos casos, los trabajadores tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en la que trabajaron y en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional. Sin embargo, si se produce una modificación en el grado de la incapacidad, y ésta pasa a ser parcial, el derecho del trabajador vendrá referido a la preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en la que trabajó, pero en este caso en la primera vacante que se produzca y que resulte adecuada a su capacidad laboral, por lo que bien podría tratarse de una categoría inferior a la que tenía el trabajador anteriormente<sup>936</sup>. En ambos casos, la medida de acción positiva directa se complementa con otra de naturaleza promocional, ya que el empresario que, estando obligado a la readmisión, la lleve a cabo efectivamente, disfrutará de reducciones del 50 por 100 de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes durante un período de dos años.

Por lo que hace referencia al procedimiento de reincorporación del trabajador en la empresa, el artículo 3 del Real Decreto 1451/1983 establece que deberá comunicarlo a la misma, y a los representantes del personal, en el plazo de un mes contado a partir de la declaración de aptitud emitida por el organismo correspondiente. La empresa deberá poner en conocimiento del trabajador

---

<sup>934</sup> En STS de 17 de julio de 2001 (RJ 2002\578) se establece que existe en estos casos una excepción a la regla general de la extinción del contrato de trabajo, que supone una especialidad respecto de la previsión general de revisión de las declaraciones de incapacidad permanente que se contenían en el art. 143.2 del TRLGSS, referida a una declaración de incapacidad previsiblemente definitiva, y por ello extintiva de la relación laboral.

<sup>935</sup> Hay que tener en cuenta que estas prestaciones han sido suprimidas, con efectos 1 de enero de 2004, en virtud de la Disposición Derogatoria Única.d) de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre. Por tanto, esta condición carece de sentido en la actualidad.

<sup>936</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: «Trabajadores *minusválidos*: de la protección a la promoción», op. cit., pág. 45.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

solicitante las vacantes que existan de igual o inferior categoría, quedando liberada de su obligación desde el momento en que el trabajador rechace un puesto de trabajo de igual categoría a la que ostentaba en la empresa o de categoría inferior si no hubiese obtenido la plena recuperación para su profesión habitual, cuando no implique cambio de residencia<sup>937</sup>. Queda, no obstante, sin resolver la cuestión de las consecuencias de una eventual negativa por parte de la empresa a la readmisión o la invocación de ausencia de puestos de trabajo vacantes para el trabajador con derecho a reincorporación, resultando plausible acudir en estos casos, por analogía, a la regulación de la excedencia voluntaria, por cuanto no existe un derecho absoluto de reserva de un puesto de trabajo, sino uno de preferencia en la ocupación de uno vacante<sup>938</sup>. Por esta vía de aplicación analógica de la normativa reguladora de la excedencia voluntaria, la negativa injustificada a la reincorporación del trabajador permitiría a éste accionar por despido frente a la empresa, a pesar de las dificultades que plantea esta vía en un supuesto en el que el contrato de trabajo se ha extinguido<sup>939</sup>, pudiendo incluso generarse derechos indemnizatorios a favor del trabajador<sup>940</sup>. Sin embargo, en el supuesto de inexistencia de vacante se generaría únicamente un derecho del trabajador a solicitar el aplazamiento de la reincorporación hasta el momento en que tal vacante se produzca. Hay que señalar, no obstante, que estas medidas de empleo selectivo tienen en la práctica una eficacia muy reducida<sup>941</sup>.

Fuera del ámbito de aplicación de los artículos 1 a 3 del Real Decreto 1451/1983, las posibilidades de recolocación de trabajadores con discapacidad sobrevenida que se derivan de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no pueden ser consideradas medidas de acción positiva directa en la creación de empleo, puesto que, al igual que sucedía con los supuestos de incapacidad permanente parcial y

---

<sup>937</sup> Si se exige cambio de residencia, el trabajador podrá optar entre ocupar la plaza propuesta, manteniendo su preferencia para ocupar la primera vacante de su categoría o grupo profesional que se produzca en el centro de trabajo originario, o esperar a que exista otra en el centro de trabajo donde tenga establecida su residencia.

<sup>938</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: Contrato de trabajo y discapacidad, op. cit., pág. 403.

<sup>939</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: Contrato de trabajo y discapacidad, op. cit., págs. 406 a 407.

<sup>940</sup> SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: «El trabajo de los *minusválidos*. Problemas de su regulación», Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, Nº 91, 1998, pág. 74.

<sup>941</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 252.

en los de otros grados de incapacidad afectados por el contenido del artículo 48.2 del TRLET, las previsiones de la LPRL se refieren únicamente a trabajadores que mantienen vínculo contractual con las empresas y, consecuentemente, no existe obligación de contratar *ope legis* por parte de éstas. No obstante, en estos supuestos, a diferencia de los previstos en el Real Decreto 1451/1983, se afecta al poder de organización del empresario, puesto que se le impone una reorganización del trabajo para permitir que un trabajador con discapacidad sobrevenida pueda ser reasignado a un puesto de trabajo diferente del originario. En este sentido, nuevamente podríamos entender que se trata de una acción directa en relación con el empleo de las personas con discapacidad, en la medida en que se impide la pérdida de empleo que se podría derivar de la imposibilidad del trabajador para desempeñar adecuadamente un determinado puesto de trabajo.

Por su parte, el artículo 25 de la LPRL prohíbe a las empresas el empleo de trabajadores en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. Consecuentemente, en el caso de trabajadores ya empleados a los que sobrevenga una discapacidad, la obligación del empresario de abstenerse de ocuparlos en esos puestos de trabajo vedados tiene como consecuencia inmediata su recolocación en otros en los que no se produzca la incompatibilidad con la garantía de la seguridad y la salud de todos<sup>942</sup>. Conviene precisar, además, que el precepto afecta no solamente a las personas con discapacidad, sino a todos aquellos trabajadores que, por sus características personales o estado biológico, puedan verse afectados por el supuesto de incompatibilidad que regula.

---

<sup>942</sup> En este sentido, entre otras, en la STSJ de Cataluña de 30 de octubre de 2006 (AS 2007\168), se afirma que la exigencia contenida en el artículo 25 de la LPRL es aplicable tanto al supuesto de especial sensibilidad conocida en el momento de comenzar la prestación de servicios, como al de discapacidad sobrevenida con posterioridad.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Por último, y más desde el punto de vista de *lege ferenda* que del derecho vigente, hay que señalar que otra vía que pudiera resultar especialmente apropiada para generar un derecho a la recolocación de un trabajador con discapacidad sobrevenida, y evitar así la extinción automática del contrato de trabajo<sup>943</sup>, es la de recurrir a la exigencia de que se hubieran agotado todas las posibilidades de recolocar al trabajador en un nuevo puesto de trabajo, siempre que éste resultara adecuado desde el punto de vista de esa discapacidad sobrevenida. Tal posibilidad se apuntaba en la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012<sup>944</sup> y ha sido objeto de varias propuestas desde las organizaciones representativas del mundo de la discapacidad. Destacan en este último ámbito, dentro de las Propuestas normativas con rango de ley derivadas del desarrollo de la Estrategia Global y Plan de Acción para el empleo de personas con discapacidad para su inclusión en el proyecto de ley de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, presentadas por el CERMI en junio de 2009<sup>945</sup>, las relativas a la supresión de la causa automática de extinción del contrato de trabajo en el caso de la incapacidad permanente total o absoluta, incluida la gran invalidez, con la obligación de la empresa de dar ocupación efectiva al trabajador afectado en otro puesto de trabajo distinto del correspondiente a su profesión habitual, en el caso de la total, o en puesto compatible con su incapacidad, en el caso de la absoluta, y siempre que, en todo caso, exista en la empresa alguna vacante o puesto de trabajo adecuado a la capacidad del trabajador, una vez realizados los ajustes o adaptaciones que fueran necesarios<sup>946</sup>.

---

<sup>943</sup> Artículos 49.1 y 52.a) del TRLET.

<sup>944</sup> En el apartado 4.10 se prevé, dentro del objetivo de promover una mayor contratación de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, un estudio sobre la compatibilidad de los artículos 49.1.e) y 48.2 del TRLET con los principios de igualdad de trato en el empleo vigentes en Europa (Directiva 2000/78/CE), es decir, si la incapacidad total del trabajador constituye por sí misma y en todo caso causa de extinción del contrato de trabajo. Tampoco en este caso tal estudio ha visto la luz dentro del periodo de vigencia de la Estrategia.

<sup>945</sup> Boletín CERMI nº17, de 26 de junio de 2009, disponible en <http://boletin.cermi.es/boletin.aspx?boletin=116>. Consulta realizada en enero de 2014.

<sup>946</sup> En el caso de que en la fecha de la declaración de la incapacidad permanente la empresa careciera de puesto de trabajo adecuado o este no ha sido adaptado, el CERMI propone establecer un plazo de cuatro años, para que se pudiera producir la vacante. Durante este periodo

En todo caso, sea cual fuere la vía para intentar evitar que una discapacidad sobrevenida pueda suponer una pérdida del empleo, hay que tener en cuenta, cuando se trate de trabajadores que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente, el régimen jurídico de estas prestaciones y las reglas de compatibilidad de las mismas, de acuerdo con lo dispuesto en la Sección Segunda del Capítulo V del Título II del TRLGSS.

### **B) La recolocación de trabajadores con discapacidad en la negociación colectiva**

Al igual que sucede con las recolocaciones derivadas de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, la negociación colectiva contiene en ocasiones previsiones relativas a los cambios en los puestos de trabajo de trabajadores afectados por discapacidad sobrevenida. Por tanto, y en el mismo sentido que anteriormente hemos analizado la cuestión, podríamos asumir que se trata de medidas de acción positiva directa en tanto que favorecen el mantenimiento del empleo, si bien no constituyen, como tales, imposiciones de contratación para las empresas.

Los convenios colectivos pueden jugar un papel muy relevante en la regulación de los derechos de reincorporación a las empresas de trabajadores con discapacidad, muy especialmente por su habilidad para adaptar esa regulación a las peculiares condiciones sectoriales o empresariales que pudieran presentarse en cada caso. Tal circunstancia resulta muy evidente, puesto que tiene como consecuencia una desigual regulación de estos derechos, tanto en el alcance que los mismos tienen para los afectados cuanto en la delimitación de quiénes deban tener tal consideración<sup>947</sup>, resultando en ocasiones una regulación imprecisa que complica la determinación del contenido de los derechos regulados<sup>948</sup>. En este

---

transitorio, se establecería el derecho o preferencia absoluta del trabajador para reincorporarse en la primera vacante adecuada que se produjera en la empresa. Transcurrido dicho periodo, se propone la extinción del contrato de trabajo con derecho del trabajador a percibir la indemnización prevista para el supuesto de despido por causas objetivas del artículo 53.1.b) del TRLET, es decir veinte días de salario por año de antigüedad, con un máximo de doce mensualidades.

<sup>947</sup> Si, como ya hemos tenido ocasión de comprobar, ni siquiera normativamente se ha venido manejando por parte del legislador un concepto preciso y uniforme de discapacidad, difícilmente podrá encontrarse lo contrario en la negociación colectiva.

<sup>948</sup> GOERLICH PESET, J.: «La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N° 61, 1996, pág. 64.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

sentido, no es frecuente que se realice una invocación directa a la discapacidad sobrevenida<sup>949</sup>, sino que normalmente se refieren los derechos de recolocación a la capacidad disminuida<sup>950</sup> o directamente se vinculan a la previa declaración de una situación de incapacidad permanente<sup>951</sup>.

Por lo que hace referencia a la acreditación de la situación que genera el derecho a la recolocación del trabajador, lo cierto es que los distintos convenios colectivos presentan diferentes opciones. Así, en algunos casos se exige expresamente que exista un reconocimiento legal de la situación de discapacidad<sup>952</sup>, o de la de incapacidad permanente<sup>953</sup>, mientras que en muchos otros se hace una referencia genérica a la situación generadora del derecho, sin precisar el modo en que ésta deba ser acreditada. Dentro de estos últimos casos, hay ocasiones en que se exige que el origen de la circunstancia que requiere la recolocación del trabajador

---

<sup>949</sup> Aunque hay casos en que sí se hace, como el del Convenio colectivo para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición para los años 2009 a 2012 (BOE de 27 de enero de 2009), cuyo artículo 44 establece que el empresario tendrá que hacer el esfuerzo que sea necesario y adoptar las medidas precisas para readaptar a un nuevo puesto de trabajo acorde con la situación actual del trabajador, a todos aquellos que por cualquier causa pudieran estar o sufrir en el futuro una discapacidad física o psíquica sobrevenida.

<sup>950</sup> Así sucede, por ejemplo, con el I Convenio Colectivo del Grupo de Empresas AENA (BOE de 20 de diciembre de 2011), cuyo artículo 35 define la capacidad disminuida como la situación en la que se encuentra el trabajador que tenga una limitación funcional o psíquica, derivada de enfermedad común o profesional, accidente o desgaste físico natural, por razón de edad, cuando esta limitación afecte, en general, al desempeño de las funciones propias de su ocupación o régimen de trabajo, impidiéndole desarrollar de forma correcta los cometidos correspondientes.

<sup>951</sup> El artículo 65 del III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE de 12 de noviembre de 2009) establece que, en el caso de declaración de una incapacidad laboral permanente total, la Administración procederá, a petición del trabajador y previas las actuaciones y con las garantías establecidas en el artículo 25 de la LPRL, al cambio de puesto de trabajo por otro más adecuado a la situación del trabajador siempre que exista una vacante de igual o inferior grupo profesional al del trabajador.

<sup>952</sup> Es el caso del Convenio Colectivo de ámbito provincial de limpieza de edificios y locales para los centros sanitarios dependientes de la Conselleria de Sanidad y Diputación Provincial de Alicante para los años 2011 a 2014 (B.O.P. de Alicante de 13 de agosto de 2012), cuyo artículo 13 establece que el productor o productora con capacidad disminuida, reconocida legalmente, por deficiencias de sus condiciones físicas o por otras circunstancias, y que no se halle en condiciones de dar un rendimiento normal en su categoría, podrá ser trasladado a otro puesto de trabajo respetándosele el salario que le correspondiese en la categoría profesional últimamente alcanzada.

<sup>953</sup> El artículo 60 del IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Agencia Estatal Administración Tributaria (BOE de 11 de julio de 2006) establece que en el caso de declaración de invalidez permanente total, la AEAT procederá, a petición del trabajador y previas las actuaciones y con las garantías establecidas en el artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, al cambio de puesto de trabajo por otro más adecuado a la situación del trabajador dando lugar con ello a una novación del contrato.

tenga relación con el trabajo de manera explícita<sup>954</sup> o indirecta<sup>955</sup>, mientras que en otras la referencia es totalmente genérica a todo tipo de contingencias, comunes y profesionales<sup>956</sup>, exigiendo en algunos casos acreditación médica específica de las circunstancias que generan el derecho a la recolocación<sup>957</sup>. Finalmente, en algunos casos se establece, dentro del colectivo al que va dirigido el derecho a la recolocación, una cierta prioridad hacia determinados trabajadores que, normalmente, viene determinada por la tipología de su discapacidad sobrevenida o por sus circunstancias económicas y/o familiares<sup>958</sup>.

Desde la heterogeneidad en la determinación del ámbito subjetivo de la obligación de recolocación, el contenido convencional de ésta es también muy variable, como ya hemos podido ver en las referencias a convenios colectivos realizadas anteriormente. En primer lugar, conviene señalar que, desde el punto de vista de la acción positiva directa, lo cierto es que en muchos casos no puede considerarse que tal acción exista convencionalmente, puesto que el convenio

---

<sup>954</sup> El artículo 13.5 del XVII Convenio Colectivo general de la industria química (BOE de 9 de abril de 2013) establece que las empresas integrarán al personal con discapacidad que tenga su origen en alguna enfermedad profesional, accidente de trabajo o desgaste físico, psíquico o sensorial, como consecuencia de su actividad profesional en la empresa, destinándole a trabajos adecuados a sus condiciones.

<sup>955</sup> Sirva como ejemplo el artículo 26 del Convenio Colectivo estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas para los años 2007 a 2009 (BOE de 2 de julio de 2007), que establece que al personal con capacidad disminuida, que tenga su origen en alguna enfermedad profesional, accidente de trabajo o desgaste físico natural, como consecuencia de una dilatada vida de trabajo, se le destinará a puestos adecuados a sus condiciones.

<sup>956</sup> El artículo 26 del Convenio Colectivo Provincial de Trabajo del Sector Manipulado y Envasado de Frutas, Hortalizas y Flores de Almería (B.O.P. de Almería de 23 de julio de 2008) establece que las empresas conservarán el nivel salarial y profesional de los *disminuidos* físicos que pasen a tener consideración de tales después de un accidente de trabajo, enfermedad o accidente no laboral, sobrevenido después de su ingreso en la empresa. En estas circunstancias, las empresas vendrán obligadas a reconvertir su puesto de trabajo para adaptarlo a las nuevas condiciones físicas del trabajador, sin que ello suponga la marginación de tales trabajadores, mediante la separación de sus compañeros en talleres o departamentos especiales.

<sup>957</sup> Así sucede, por ejemplo con el artículo 24 del Convenio Colectivo de trabajo para el sector de empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (transporte sanitario) de la Comunidad Autónoma Valenciana para los años 2007-2011 (D.O. de la Comunidad Valenciana de 15 de febrero de 2008), que establece que será preciso el informe médico que declare si el trabajador con discapacidad sobrevenida es apto o no para realizar los trabajos específicos de su categoría. Dicho informe será comunicado a los representantes legales, siempre que no haya oposición del trabajador, debiendo incorporarse a su nuevo puesto en el plazo improrrogable de tres días.

<sup>958</sup> El artículo 13.5 del XVII Convenio Colectivo general de la industria química (BOE de 9 de abril de 2013) establece que en las recolocaciones tendrán preferencia los trabajadores que perciban subsidios o pensión inferior al salario mínimo interprofesional vigente, determinando que el orden para el ejercicio de este derecho vendrá dado por la antigüedad en la empresa o, en caso de igualdad, por el mayor número de hijos menores de edad o incapacitados para el trabajo.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

colectivo se limita a establecer la posibilidad de que la empresa proceda a la recolocación, sin que aparezca el elemento imperativo que pudiera permitir apreciar la presencia de una medida directa<sup>959</sup>. En estos casos, además, normalmente no existe incentivo alguno visible para la empresa que procede a recolocar a los trabajadores afectados por una discapacidad sobrevenida, por lo que se podría concluir que, de hecho, no existe acción afirmativa de ningún tipo, ni directa ni promocional, puesto que el convenio colectivo no añade obligación o incentivo alguno a la recolocación de estos trabajadores más allá de las legalmente establecidas o las que el empresario, por propia iniciativa, pudiera decidir adoptar. Sin embargo, son muchos los casos en los que la formulación de la cláusula convencional de recolocación es imperativa, de manera que la acción afirmativa directa resulta evidente. En general, la diferencia entre las fórmulas potestativas y las imperativas viene determinada por el uso verbal en cada caso, de manera que en ocasiones se utilizan fórmulas que configuran indubitadamente una verdadera obligación de recolocación<sup>960</sup>, mientras que en otras el carácter imperativo no resulta tan evidente<sup>961</sup>. No obstante, en los supuestos dudosos, atendiendo al valor normativo del convenio colectivo y al efecto corrector de la discriminación que en estos casos ejerce, la interpretación debería favorecer la

---

<sup>959</sup> Sirva como ejemplo el artículo 26 del Convenio Colectivo provincial de Gipuzkoa de limpieza de edificios y locales para los años 2007 a 2009 (B.O.P. de Gipuzkoa de 18 de enero de 2008), que establece que cuando la trabajadora o trabajador vea disminuidas sus facultades, por motivos de edad, disminución de sus facultades físicas y otras causas similares, la empresa procurará destinarle a un puesto de trabajo que se adecúe a su situación, sin pérdida de su categoría ni su salario; sin perjudicar con el cambio a otra persona ni al funcionamiento y organización de la empresa.

<sup>960</sup> Así sucede, por ejemplo, con el Convenio Colectivo de la empresa Industrias Cima, S.A. (BO del Principado de Asturias de 5 de diciembre de 2012), cuyo artículo 13 establece que a todo trabajador con capacidad disminuida, la empresa se verá obligada a su debido acoplamiento a puestos compatibles con sus limitaciones y aptitudes profesionales. En este caso, se considera que existe un supuesto de capacidad disminuida cuando el trabajador presente una limitación funcional física o psíquica, por razones de enfermedad y/o accidente laboral o profesional, y cuando esta situación afecte en general a los trabajos propios de su categoría habitual, de forma que impida desarrollar de una manera correcta y concreta los cometidos de su puesto de trabajo con rendimiento normal.

<sup>961</sup> El artículo 24 del Convenio Colectivo de trabajo para el sector de empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (transporte sanitario) de la Comunidad Autónoma Valenciana para los años 2007-2011 (D.O. de la Comunidad Valenciana de 15 de febrero de 2008) establece que, además de los supuestos contemplados en la ley, se autoriza expresamente la movilidad funcional para aquellos trabajadores/as que, por padecer algún tipo de enfermedad que le inhabilite para el desarrollo de su puesto de trabajo, sin que pueda, por cualquier motivo, obtener la incapacidad laboral, pueda ser acoplado a cualquier otro puesto de trabajo de los existentes en la empresa.



existencia de una medida de acción afirmativa directa. En todo caso, hay que tener en cuenta que, salvo que expresamente se diga en el convenio colectivo aplicable, no puede entenderse que la obligación de recolocación exige a la empresa la creación de un puesto de trabajo *ad hoc* para el trabajador con discapacidad sobrevenida<sup>962</sup>; en ausencia de previsión convencional expresa en contrario, la obligación empresarial de recolocación vendrá condicionada por la existencia de una vacante adecuada para el trabajador.

Para finalizar, la concreción de la obligación de recolocación convencional viene normalmente referida a puestos de trabajo compatibles con las características personales y profesionales del trabajador con discapacidad sobrevenida. Las fórmulas que utilizan los distintos convenios colectivos son diversas, pero en general se utilizan enunciados genéricos, haciendo referencia a puestos de trabajo “adecuados a sus condiciones”<sup>963</sup>, o “compatibles con sus limitaciones y aptitudes profesionales”<sup>964</sup>. En muchas ocasiones, y respecto de lo comentado en el párrafo anterior, el propio convenio colectivo hace referencia a la recolocación en “trabajos adecuados a sus condiciones”, pero con el condicionante expreso de que “existan vacantes”<sup>965</sup>.

### 5.1.2 Las cuotas de reserva de empleo

Sin duda alguna, el mecanismo de acción positiva directa para el empleo de las personas con discapacidad más extendido es el de las cuotas de reserva. Tanto en España como en la mayoría de los países de nuestro entorno se han implantado, en algún momento, obligaciones contractuales a las empresas y obligaciones de reserva específicas en el empleo público, cuya finalidad ha sido

---

<sup>962</sup> En este sentido, entre otras, la STS de 3 de noviembre de 2009 (RJ 2009\5921), reiterando la doctrina contenida en STS de 1 de julio de 2009 (RJ 2009\4289) establece, respecto del artículo 65 del Convenio Colectivo Personal Laboral Administración del Estado, que la recolocación del incapaz permanente total se condiciona a la existencia de vacante adecuada a sus condiciones, no existiendo derecho a percibir indemnización alguna por la pérdida de salarios durante el tiempo que pudiera transcurrir hasta la efectividad del derecho.

<sup>963</sup> Artículo 13.5 del XVII Convenio Colectivo general de la industria química (BOE de 9 de abril de 2013).

<sup>964</sup> Artículo 35 del I Convenio Colectivo del Grupo de Empresas AENA (BOE de 20 de diciembre de 2011).

<sup>965</sup> Artículo 8.3 del Convenio Colectivo estatal de pastas, papel y cartón para los años 2013 y 2014 (BOE de 23 de agosto de 2013).

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

en la mayoría de los casos superar situaciones de grave desequilibrio entre las tasas de actividad y desempleo de estas personas y las del resto de la población.

Son, sin duda, medidas expeditivas que, como hemos tenido ocasión de comprobar, han sufrido no pocos reproches desde el punto de vista de los conflictos que pueden presentar con otros derechos constitucionales, llegando incluso a cuestionarse si se trata de verdaderas medidas integradoras para el empleo de las personas con discapacidad o si, por el contrario, resultan incompatibles con la igualdad de derechos y la no discriminación<sup>966</sup>. Por otra parte, también el resultado de estas medidas de acción positiva ha generado no pocos debates sobre su necesidad y, en todo caso, sobre su eficiencia.

En el ámbito internacional, la OIT no ha tomado de manera decidida partido a favor o en contra de los distintos sistemas de cuota de reserva de empleo, pero sí ha mostrado interés en los mismos, muy especialmente en tener amplia información sobre su implantación, llegando a elaborar una guía sobre los principios y cuestiones a considerar en la formulación de estas medidas<sup>967</sup>. No obstante, ya en la Conferencia de la OIT celebrada en Philadelphia en 1944, se recomendaban los sistemas de cuota de reserva para animar a las empresas a garantizar un porcentaje razonable de trabajadores con discapacidad en sus plantillas, favoreciendo de este modo la igualdad de oportunidades en el ámbito del empleo.

Por otra parte, las cuotas de reserva de empleo, en su vocación impulsora de la contratación de trabajadores con discapacidad, pueden presentar distintas fórmulas, hasta el punto de que en ocasiones, a pesar de figurar nominalmente como mecanismos de reserva de empleo, no pueden ser considerados realmente medidas de acción positiva directa, sino meramente promocional. Es el caso de las cuotas de reserva no obligatorias y, consecuentemente, sin consecuencias sancionadoras ante su incumplimiento. Cuando estas recomendaciones van acompañadas de incentivos económicos específicos para los empresarios que las

---

<sup>966</sup> VISIER, L., THORNTON, P., y MORA, V.: *Nuevas experiencias internacionales en materia de empleo...*, op. cit., pág. 7.

<sup>967</sup> El estudio y la elaboración de la guía fue encargado por la OIT a la Social Policy Research Unit de la Universidad de York.

siguen estaremos ante medidas promocionales de acción positiva, pero cuando no es así lo cierto es que no pasan de ser meras recomendaciones que se sitúan más en el plano ético que en el jurídico.

Pero este carácter facultativo de las cuotas de reserva no es lo habitual. En la mayoría de los casos encontraremos cuotas de reserva definidas legalmente como una obligación empresarial y, consecuentemente, asociadas a un régimen sancionador específico para los casos de incumplimiento. Aun en estos casos, también aparecen al menos dos formulaciones diferentes de la obligación de reserva:

- Por una parte, están los que podríamos definir como “sistemas de cuota puros”, que son aquellos en los que el cumplimiento de la cuota de reserva no admite alternativa alguna, de modo que en los casos en que la empresa no alcance el porcentaje mínimo establecido de trabajadores con discapacidad la consecuencia jurídica será la comisión de una infracción administrativa y, normalmente, la aplicación de una sanción económica.
- Por otra, encontramos los sistemas de cuota de reserva acompañados o complementados por otros de “contribución compensatoria”, en los que se permite a las empresas cumplir la obligación de reserva, en aquellos casos en los que no se alcanza el porcentaje mínimo de contrataciones de trabajadores con discapacidad establecido, mediante la aportación de una contribución económica que puede ir destinada a un fondo especial o a mecanismos específicos de acción para el empleo de estas personas. A diferencia de lo que sucede con el sistema puro de cuotas, en el de contribuciones compensatorias las aportaciones económicas que alternativa o subsidiariamente acompañan a la obligación de reserva de empleo no tienen carácter sancionador<sup>968</sup>.

Así pues, y con las diferentes variantes que hemos planteado, podríamos convenir que un sistema de cuotas de reserva de empleo para las personas con discapacidad constituye, cuando tiene carácter obligatorio, un mecanismo de

---

<sup>968</sup> THORNTON, P.: «Cuotas de empleo, contribuciones compensatorias y Fondos Nacionales para la rehabilitación de personas con discapacidad: guía práctica» en VISIER, L., THORNTON, P., y MORA, v.: *Nuevas experiencias internacionales en materia de empleo...*, op. cit., pág. 100

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

acción directa para favorecer el principio de igualdad de oportunidades y que consiste en exigir a determinadas empresas la contratación de un porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad, calculado en función de la plantilla de las mismas, y que en ocasiones admite la posibilidad de realizar contribuciones compensatorias en caso de insuficiencia en la contratación de estos trabajadores. Respecto de esta última posibilidad, puede plantearse como una simple alternativa para la empresa obligada o bien de manera excepcional, ante la imposibilidad probada de realizar el número mínimo de contrataciones que la cuota requiere en cada caso<sup>969</sup>.

Desde el punto de vista histórico, hay que señalar que los sistemas de cuotas tienen su origen en Europa inmediatamente después de la finalización de la Primera Guerra Mundial<sup>970</sup> y con la finalidad de favorecer el empleo de los veteranos de guerra con discapacidad. Alemania y Austria, entre otros países, establecieron sistemas de cuotas de contratación obligatoria de estas personas, normalmente asociados a contribuciones compensatorias en caso de que no se alcanzara el número mínimo de contratos establecido. La medida fue creciendo paulatinamente, tanto en extensión territorial, puesto que se extendió a la mayoría de los países europeos, como en ámbito subjetivo, puesto que acabó por abandonar su origen estrictamente bélico para dirigirse a todo tipo de personas con discapacidad. La culminación más visible de este proceso viene representada por la Recomendación del Consejo sobre el empleo de los *minusválidos* en la Comunidad de 24 de julio de 1986<sup>971</sup>, si bien es cierto que también fuera del ámbito de la UE existen muchos países del viejo continente y del resto del mundo que han apostado por los sistemas de cuota.

En la actualidad, críticos y defensores de estos sistemas, ya vengan acompañados o no de contribuciones compensatorias, mantienen criterios

---

<sup>969</sup> THORNTON, P.: «Cuotas de empleo, contribuciones compensatorias...» en VISIER, L., THORNTON, P., y MORA, v.: *Nuevas experiencias internacionales en materia de empleo...*, op. cit., pág. 100.

<sup>970</sup> WADDINGTON, L.: «Legislating to Employ People with Disabilities: The European and American Way», 1 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 367 (1994), págs. 367 a 395.

<sup>971</sup> La recomendación 2.b.i) se dirige a la fijación 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.

estables para negar o afirmar la bondad de esta medida. Los primeros la ven como el reconocimiento de la incapacidad de ciertas personas para conseguir por sí mismas un empleo, por lo que pareciera un mecanismo compasivo de compensación que además, en ocasiones, puede estigmatizar a las personas con discapacidad y favorecer la oferta de empleos de baja calidad con la única finalidad de evitar sanciones. Frente a estas críticas, muchos ven en los sistemas de cuotas eficaces mecanismos de maximización del empleo de las personas con discapacidad y de normalización de los principios de accesibilidad que los deben acompañar en las empresas. En todo caso, la obligación social que se impone a éstas con las cuotas de reserva de empleo para personas con discapacidad requiere que concurren determinadas condiciones previas en lo relativo a la formación de estos trabajadores, de las que deben responder los Gobiernos<sup>972</sup>.

En todo caso, y más allá del debate sobre los sistemas de cuotas en sí, existe otro no menos intenso sobre su capacidad para corregir los hábitos contractuales de las empresas y servir eficazmente de mecanismo de incorporación de trabajadores con discapacidad en entornos de empleo abiertos. Por lo que hace referencia a los sistemas de cuotas puros, puede apreciarse en ellos unas ciertas dosis de irrealidad y, consecuentemente un elevado grado de incumplimiento por parte de las empresas obligadas. Pretender que todas las empresas obligadas a contratar trabajadores con discapacidad lo harán so pena de incurrir en infracciones administrativas resulta, cuando menos, ingenuo si se tienen en cuenta las dificultades que en muchas ocasiones se presentarán a la hora de plantear dichas contrataciones y la intensidad con la que las sanciones serán aplicadas, lo que puede provocar tasas de incumplimiento muy notables<sup>973</sup>. Por

---

<sup>972</sup> THORNTON, P.: «Cuotas de empleo, contribuciones compensatorias y Fondos Nacionales para la rehabilitación de personas con discapacidad: guía práctica» en VISIER, L., THORNTON, P., y MORA, v.: *Nuevas experiencias internacionales en materia de empleo...*, op. cit., pág. 105.

<sup>973</sup> En el *Informe Equipara 2008*, elaborado por FUNDACIÓN EQUIPARA, se cifra en un 14 por 100 el nivel global de cumplimiento de la cuota de reserva de empleo en España, con un importante diferencial entre Comunidades Autónomas: Murcia presenta un 40 por 100 de cumplimiento mientras que el País Vasco y Andalucía alcanzan únicamente el 9 por 100 de empresas con pleno cumplimiento de la obligación. Hay que señalar que los datos que aparecen en este Informe no son oficiales, y se han obtenido a partir de los datos recogidos en los estudios de campo sobre 1.319 entrevistas realizadas sobre un universo de 35.113 empresas de 50 o más trabajadores en toda España. Hay que tener en cuenta, además, que en nuestro país no se aplicaba en aquel momento un sistema de cuota de reserva puro, puesto que ya se habían introducido las medidas alternativas sustitutorias en situaciones de excepcionalidad de las obligaciones de contratación de trabajadores con discapacidad.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

otra parte, un sistema de cuotas y contribuciones compensatorias podría favorecer, por inercia empresarial, la sustitución de la obligación contractual por el pago de cánones de incumplimiento más o menos atractivos económicamente para las empresas, pervirtiendo de este modo la finalidad básica de estos sistemas, que no es otra que la de impulsar de manera decidida la incorporación de los trabajadores con discapacidad en los entornos ordinarios de trabajo. Sea como fuere, desde el propio mundo de la discapacidad con frecuencia se ha visto en estos sistemas de cuotas, con o sin mecanismos complementarios de compensación económica, una solución esperanzadora para la incorporación de trabajadores con discapacidad al empleo ordinario<sup>974</sup>.

Otra importante cuestión, que ha sido abordada por la OIT<sup>975</sup>, es la del ámbito subjetivo que debiera tener la obligación de reserva, tanto por lo que hace referencia a las empresas obligadas como respecto de las personas con discapacidad a las que la medida va destinada. En este sentido, parece razonable situar la obligación de reserva en empresas que cumplan determinadas condiciones de tamaño y organización, y dirigirla a todas las personas con discapacidad, pero con intensidades diferentes en función de la tipología y la severidad de cada caso.

Sea como fuere, lo cierto es que las cuotas de reserva se han mostrado, a pesar de no contar en general con tasas de cumplimiento aceptables<sup>976</sup>, como mecanismos claramente favorecedores del empleo de las personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, circunstancia que es reconocida incluso por parte de los empresarios obligados<sup>977</sup>. Por otra parte, conviene

---

<sup>974</sup> BONAL I FALGAS, R. y CAPARRÓS I CIVERA, N.: *El col·lectiu dels borderline o límits. Entre la coherència teòrica i la marginació pràctica*, Barcelona, Associació Ginesta, 1994, pág. 99.

<sup>975</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: «Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo...», op. cit., págs. 35 a 50.

<sup>976</sup> OCDE: «Transforming Disability into Ability: policies to promote work and income security for disabled people», 2003. En el estudio se sitúa la tasa de cumplimiento de las cuotas de reserva en los distintos países analizados entre el 50 y el 70 por 100, si bien España se halla en niveles notablemente inferiores a la media de los países de la OCDE.

<sup>977</sup> PEREDA, C., DE PRADA, M. y ACTIS, W (COLECTIVO IOE): *La inserció laboral de les persones amb discapacitats*, op. cit., págs. 121 a 122. Los autores citan un informe presentado por el Institut Municipal de Disminuïts de Barcelona en 1992, elaborado por MONEREO, E. y VALERA, S., que fue el resultado de 734 entrevistas en empresas obligadas por la cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad. Dos terceras partes de las empresas entrevistadas

reconocer que los sistemas de cuotas, por sí mismos y sin otros que interactúen con ellos, se han mostrado insuficientes para conseguir el pretendido objetivo de la igualdad de oportunidades en el empleo<sup>978</sup>, por lo que deben ir acompañados de otras medidas, de carácter promocional, que palien el efecto rechazo que esta obligación, como tantas otras, acostumbra a generar en los empresarios a quienes va dirigida<sup>979</sup>, pervirtiendo en ocasiones su finalidad al convertirse en un juego de mera elusión de sanciones en lugar de favorecer eficazmente el empleo de las personas con discapacidad. Ya hemos visto en el capítulo anterior cómo la incentivación económica de la contratación laboral de personas con discapacidad incide favorablemente en la obtención de empleo y en el mantenimiento del mismo; debe ser, por tanto, la conjunción de medidas de acción afirmativa, directas y promocionales, la que permita avanzar en el camino hacia la superación de las barreras, unas tangibles y otras perceptibles aun sin evidenciarse físicamente su existencia, que las personas con discapacidad deben superar actualmente para acceder a un empleo digno y de calidad.

## 5.2 La reserva de empleo en el derecho comparado

### 5.2.1 Aparición y evolución de los sistemas de cuota de reserva

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, los primeros sistemas de cuotas de reserva de empleo para personas con discapacidad nacen, tras la finalización de

---

declaran que entienden que la mejor vía de integración laboral de las personas con discapacidad es el mercado ordinario de trabajo; sorprendentemente, el 80 por 100 de esas mismas empresas entrevistadas, con plantillas de 50 o más trabajadores y por tanto obligadas a reservar empleo para trabajadores con discapacidad, reconocían no tener ni uno sólo en sus plantillas. A mayor abundamiento, el 74 por 100 declaraba no haber tenido nunca trabajadores con discapacidad.

<sup>978</sup> Situación que se ha visto favorecida, como ya hemos señalado, por la alta tasa de incumplimiento de la obligación de reserva, muy señaladamente en el caso de España. En un informe elaborado en octubre de 2005 por la Fundación Invest for Children, sobre las estimaciones alcanzadas por el Consejo Económico y Social (CES), se señala que si se cumpliera rigurosamente la cuota de reserva establecida en aquel momento por el art. 38.1 de la LISMI para las empresas con más de cincuenta trabajadores se crearían ochenta mil puestos de trabajo; con ello la tasa de paro de este colectivo, globalmente apreciado para todo tipo de discapacidad, situada en aquel año en un 26 por ciento, bajaría hasta el siete por ciento (datos no constatados y que aparecen en la publicación de Expansión y Empleo del Periódico El Mundo de los días 5 y 6 de noviembre de 2005).

<sup>979</sup> VISIER, L., THORNTON, P., y MORA, V.: *Nuevas experiencias internacionales en materia de empleo...*, op. cit., pág. 186. Se dice que los sistemas de cuota de reserva alcanzan sus objetivos mediante una mezcla de "palo y zanahoria", de modo que las empresas son convencidas de contratar y mantener el empleo a los trabajadores con discapacidad para evitar pagar sanciones o compensaciones económicas y, además, obtener beneficios económicos como consecuencia de las medidas promocionales.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

la Primera Guerra Mundial, íntimamente relacionados con el reconocimiento de quienes habían resultado heridos en acciones bélicas en defensa de sus países<sup>980</sup>. Estos sistemas se han ido extendiendo a lo largo del pasado siglo, y lo continúan haciendo en el presente, hasta constituir un mecanismo común de promoción del empleo de las personas con discapacidad en la mayoría de los países europeos. Tanto es así que, en términos absolutos, únicamente Dinamarca, Estonia, Finlandia, Suecia, Portugal y Letonia han dejado de lado esta medida de acción afirmativa directa, volcando los esfuerzos para lograr la igualdad de oportunidades en las medidas promocionales, en algunos casos, y en la difusión de la responsabilidad social y la concienciación de la ciudadanía respecto de los derechos de todas las personas desde el punto de vista de la igualdad de trato<sup>981</sup>.

Al listado de países europeos que no han utilizado sistemas de cuota debe añadirse, en la actualidad, el Reino Unido. En este caso, se trata de un estado que ha venido utilizando medidas de reserva de empleo para las personas con discapacidad durante mucho tiempo, pero que ha decidido recientemente abandonar este sistema. En la *Disabled Persons Employment Act* de 1944 se introdujo por primera vez en aquel país una cuota de reserva del 3 por 100 para todas las empresas con plantillas superiores a 20 trabajadores, inicialmente con la finalidad de favorecer la contratación laboral de las personas que habían sido heridas en la Segunda Guerra Mundial y regresaban a la sociedad civil con alguna discapacidad. No obstante, esta inicial vocación se vería pronto superada y extendida a la totalidad de personas con discapacidad, desde la constatación de la evidente situación de desventaja que estas personas tenían en relación con el

---

<sup>980</sup> WADDINGTON, L.: «Reassessing the Employment of People with Disabilities in Europe: From Quotas to Anti-Discrimination Laws», 18 Comp. Lab. L.J. 62 (1996-1997), págs. 62 a 63.

<sup>981</sup> Los datos revelan, en la mayoría de los casos, que en los países en los que no se aplican sistemas de cuota de reserva el problema de la discriminación en el empleo de las personas con discapacidad no es tan acuciante como en los que sí optan por estas medidas. Sirva como ejemplo el caso de Suecia, país en el que en el año 2002, según datos facilitados por la OIT, el 68% de las personas con discapacidades participaba en la fuerza de trabajo, frente al 77% de la población total. La cifra de las personas con capacidad de trabajar reducida era del 57%. Casi el 65% de las personas con discapacidades estaban empleadas, frente al 77% de las no discapacitadas. De las personas discapacitadas con capacidad de trabajar reducida, el 53% tenían empleo. El 4,6% de las personas discapacitadas estaban desempleadas (el 5,8% en caso capacidad de trabajo reducida), frente al 3,9% de la población total.



empleo<sup>982</sup>. Las consecuencias del incumplimiento eran, en principio, disuasorias del mismo, puesto que podían llegar a constituir delito en aquellos casos en los que no se alcanzara la cuota de reserva sin contar con una autorización especial del Departamento de Empleo que justificara la inexistencia de personas con discapacidad registradas que reunieran las condiciones necesarias para desarrollar el puesto de trabajo a cubrir en la empresa. Idéntica consideración tenía el despido injustificado de un trabajador con discapacidad en aquellas empresas obligadas a la reserva de empleo, si de resultas de tal extinción la empresa quedaba por debajo de la cuota del 3 por 100. Lo cierto es que el sistema de cuotas de reserva de empleo para personas con discapacidad desapareció en el Reino Unido en el año 1996, tras la entrada en vigor de la *Disability Discrimination Act* de 1995<sup>983</sup>, ya fuera porque la concesión de autorizaciones eximentes de la obligación de reserva se había generalizado hasta el punto de convertirse en habitual en la mayoría de empresas obligadas, o bien por el elevado grado de incumplimiento de dicha obligación, cifrado en un 80 por 100<sup>984</sup>, que algunos autores han relacionado con la propia configuración de la cuota de reserva como una respuesta asistencial a la mala conciencia social con los heridos de guerra, y no como un verdadero derecho al empleo de las personas con discapacidad<sup>985</sup>.

No obstante, y aun resultando el bajo grado de cumplimiento de las cuotas de reserva en muchos países europeos un mal común, lo cierto es que la mayoría de ellos apuestan por la reserva de empleo como mecanismo corrector de la desigualdad de oportunidades y de las discriminaciones en el acceso al empleo

---

<sup>982</sup> En una moción presentada en el Parlamento británico por Mr. Scott-Elliot el 15 de marzo de 1948, tras reconocer el acierto de incluir la cuota de reserva del 3 por 100 en la *Disabled Persons Employment Act*, se hace un crudo análisis de la precaria condición de empleo de las personas con discapacidad en distintos territorios del Reino Unido. Se señala que en aquel momento hay 750.000 personas con discapacidad, muchas de las cuales no se veían favorecidas por la cuota de reserva, por lo que se propone elevarla hasta el 5 por 100, para favorecer al menos a las personas con discapacidad en aquellos territorios en los que la situación de empleo de este colectivo resultaba especialmente preocupante.

<sup>983</sup> Como ya hemos tenido ocasión de ver en anteriores capítulos, la DDA pone especial énfasis en los ajustes razonables como mecanismo canalizador del acceso al empleo de las personas con discapacidad.

<sup>984</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: «Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo...», op. cit., pág. 39.

<sup>985</sup> GOODING, C.: *Disabling Laws, Enabling Acts: Disability Rights in Britain and America (Law and Social Theory)*, Londres, Pluto, 1994, pág. 147.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

de las personas con discapacidad. También se han introducido sistemas de cuota en muchos países de Asia y el Pacífico (China, India, Japón, Mongolia, Filipinas, Sri Lanka y Tailandia), África (Etiopía, Mauricio y Tanzania), los Estados árabes (por ejemplo, Kuwait) y en América Latina (por ejemplo, Brasil)<sup>986</sup>.

Lo cierto es que las cuotas de reserva afectan a un número considerable de empresas y organismos públicos y, consecuentemente, pueden generar expectativas ciertas de empleo en muchas personas con discapacidad. Al respecto, en un informe presentado por la Fundación Mapfre en 2010<sup>987</sup> se realiza un minucioso análisis de la situación en un total de dieciséis países europeos<sup>988</sup>, en el que se estima que, en ese ámbito, existen en torno a 2.382.543 empresas que están obligadas a contratar al menos a una persona con discapacidad. Considerando que el número total de personas con discapacidad en estos países es en ese año, aproximadamente, de 37.145.399 y que la suma total de la población discapacitada activa de los países de los que se dispone de datos asciende a 14.776.534 personas, si en cada país se cumpliera la normativa legal, al menos el 16% de la población discapacitada activa podría estar incorporada al mercado laboral por la vía de la reserva de empleo<sup>989</sup>.

Veremos, a continuación, algunos de los casos más significativos, distinguiendo los distintos mecanismos de reserva, desde los sistemas de cuota obligatorios hasta aquellos que basan esta medida en meras recomendaciones gubernamentales.

---

<sup>986</sup> O'REILLY, A.: *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades*, International Labour Office, OIT, 2007, pág. 100.

<sup>987</sup> CONTRERAS, R. y GUILLÉN GESTOSO, C.: *Discapacitados y empresas en Europa: Un análisis de la productividad. (El coste de oportunidad desconocido)*, Madrid, Fundación MAPFRE, 2010.

<sup>988</sup> Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta y Portugal.

<sup>989</sup> Hay que tener en cuenta que esta situación se daría suponiendo que la normativa obligara a estas empresas a contratar a un solo trabajador con discapacidad, pero dependiendo del país y del número de empleados, la cuota mínima de contratación varía, resultando finalmente una cifra superior a los 2,5 millones de personas con discapacidad las que deberían estar contratadas en empresas pertenecientes a los países bajo estudio, si éstas cumplieren la normativa vigente en cada territorio.

### 5.2.2 Sistemas de cuota obligatorios con sanciones y contribuciones compensatorias

Como hemos señalado anteriormente, Alemania fue pionera en la implantación de los sistemas de cuota tras la finalización de la Primera Guerra Mundial<sup>990</sup> que se ha venido manteniendo hasta la actualidad sobre la base del establecimiento de una obligación de reserva de empleo para personas con discapacidad que afecta tanto a empleadores públicos como a empresas privadas y que contempla sanciones en caso de incumplimiento. En Alemania, que tiene un porcentaje de población con discapacidad del 10 por 100<sup>991</sup>, la obligación afecta a empresarios con al menos 20 empleados y la cuota de reserva es del 5 por 100 para personas con discapacidad grave<sup>992</sup>, si bien las empresas obligadas pueden recurrir a un sistema de contribución compensatoria para eludir el cumplimiento de esta obligación, de modo que los ingresos obtenidos por esta vía subsidiaria se destinan a promover la rehabilitación y el empleo de personas con discapacidades y pueden utilizarse, por ejemplo, para dar subvenciones a los empleadores que superen la cuota obligatoria o para ayudarles a sufragar los costes adicionales que pueda ocasionar la contratación de una persona con discapacidad, tales como los derivados de tener que adaptar los edificios o proporcionar formación suplementaria<sup>993</sup>.

Especialmente interesante resulta, en el caso alemán, el cómputo de los trabajadores con discapacidad a efectos de determinar el grado de cumplimiento de la cuota de reserva, puesto que se realiza una peculiar categorización de la discapacidad. Así, se establece que en los casos de personas gravemente discapacitadas cuya vida laboral se ve especialmente afectada por la gravedad o las características de su discapacidad<sup>994</sup>, o en aquellos otros en los que esas

---

<sup>990</sup> A finales de 1923, Alemania, Austria, Italia, Polonia y Francia habían adoptado sistemas de cuotas que obligaban a los empleadores a contratar a mutilados de guerra.

<sup>991</sup> INTERNATIONAL DISABILITY NETWORK/CENTER FOR INTERNATIONAL REHABILITATION: *International disabilities rights monitor*, Chicago, Regional Report of Europe 2007, 2007, pág. 31.

<sup>992</sup> Este porcentaje de reserva fue establecido en 1974 en un 6 por 100 para empresas con al menos 16 empleados, pero fue reducido en 2001.

<sup>993</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: «Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo...», op. cit., pág. 36

<sup>994</sup> Tienen tal consideración aquellas personas con discapacidad que necesitan asistencia especial de manera más que transitoria para lograr un empleo; aquellas cuya contratación, dada su

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

personas gravemente discapacitadas ya han cumplido los 50 años, el cómputo de estos trabajadores para la cuota de reserva pueda multiplicarse por 2 e incluso por 3. También cabe esta posibilidad cuando la persona con discapacidad contratada por la empresa está recibiendo formación en la misma.

La tasa de actividad en Alemania en 1997 de las personas gravemente discapacitadas era, según datos de la OIT, del 37%, frente al 80% de los hombres y el 63% las mujeres sin discapacidades. En 2003, el índice de desempleo de las personas con discapacidad era, según la misma fuente, del 16,6%, frente al 10,4% de las personas sin discapacidades<sup>995</sup>. Lo cierto es que, a pesar del cupo obligatorio de 5 por 100, y considerando que existe además una contribución compensatoria en los supuestos en los que no se contrata directamente a trabajadores con discapacidad, el volumen de ocupación mediante la cuota de reserva para estas personas fue del 3,4 por ciento en octubre de 2002 en el sector privado y del 7,1 por ciento en 2003 en la Administración Pública alemana. El grado de cumplimiento de la cuota de reserva en las empresas privadas puede explicar estas cifras, puesto que en el año 2004 solamente el 21 por 100 de los empresarios obligados cumplía de manera plena la cuota de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad<sup>996</sup>.

Otro ejemplo significativo de la adopción de un sistema de cuotas acompañado de sanciones o tasas para los supuestos de incumplimiento es el de Francia. La situación de empleo de las personas con discapacidad en este país era especialmente dramática a finales del siglo pasado, puesto que la tasa de desempleo de este colectivo era, en el año 1996, tres veces mayor que la de la

---

discapacidad, conlleva gastos excepcionales más que transitorios para el empleador; aquellas cuyo rendimiento es considerablemente menor, como consecuencia de su discapacidad y por un tiempo más que transitorio; aquellas cuya discapacidad es atribuible, al menos en un 50%, a trastornos psicológicos o mentales, o que pueden sufrir ataques; y aquellas que, debido a la gravedad de su discapacidad, no han completado una formación profesional.

<sup>995</sup> La comparación de estos datos en un país con una larga tradición de utilización de sistemas de cuota de reserva, con los de Suecia que hemos expuesto anteriormente, puede resultar sorprendente y, desde un punto de vista estrictamente estadístico, poco favorecedora de estos sistemas. En todo caso, no parece conveniente realizar este tipo de ejercicios cuando las situaciones de base pueden ser notablemente diferentes y las respuestas sociales espontáneas, con una evidente raíz cultural, diversas en cada caso.

<sup>996</sup> O'REILLY, A.: *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades...*, op. cit., pág. 102. Especialmente grave resulta que el 30 por 100 de esos empresarios no había empleado a ningún trabajador con discapacidad.

población activa total, teniendo en cuenta además que los trabajadores con discapacidad desempleados tendían a permanecer en esa situación durante el doble de tiempo que aquellos que no presentaban discapacidad<sup>997</sup>. El sistema de cuota francés es similar al alemán, determinando los artículos L.5212-1 y L.5212-2 del *Code du Travail* que los empleadores públicos y privados con 20 o más empleados, deben reservar un 6% de sus puestos de trabajo para personas con discapacidad<sup>998</sup>, debiendo acreditar anualmente el cumplimiento de esta cuota mediante la presentación de una declaración o memoria ante la *Direction Departamentale du Travail, de l'Emploi i de la Formation Professionnelle*. Dicha obligación, a diferencia de lo que ocurre en otros países –entre ellos España- se aplica por centro de trabajo, y no por empresa. Por otra parte, también en el caso francés determinadas categorías de trabajadores con discapacidad pueden significar un cómputo incrementado, a efectos de determinación de la cuota de reserva, entre un 50 y un 150 por 100.

Respecto del ámbito subjetivo de la obligación, el derecho francés recurre a un concepto de discapacidad muy amplio, a los efectos de la determinación de los beneficiarios del sistema de cuota, puesto que además de comprender a las personas que tienen reconocida legalmente una situación de discapacidad, se incluyen otros colectivos directa o indirectamente vinculados con la discapacidad pero que no la tienen reconocida expresamente<sup>999</sup>.

Por lo que hace referencia a las consecuencias del incumplimiento de la obligación de reserva de empleo en Francia, se prevé un régimen sancionador específico, si bien en aquellos supuestos en los que no se alcance la cuota mínima de empleo para trabajadores con discapacidad por parte de las empresas obligadas, caben varias posibilidades alternativas para eludir las sanciones:

---

<sup>997</sup> O'REILLY, A.: *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades...*, op. cit., pág. 71.

<sup>998</sup> Este 6% obligatorio se introdujo paulatinamente, comenzando con un 3% en 1988, hasta alcanzar el 6% en 1991.

<sup>999</sup> Así, por ejemplo, la cuota de reserva puede ser cumplida por las empresas mediante contrataciones de víctimas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, perceptores de pensiones de incapacidad permanente con una reducción de la capacidad de trabajo no inferior a dos tercios, titulares de pensiones militares de invalidez, o huérfanos de guerra, entre otros.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

- La primera es incorporar a beneficiarios de la cuota en prácticas, siempre que el total de estos supuestos no supere el 2 por 100 del total de la plantilla de la empresa.
- La segunda, muy común en la práctica, es celebrar contratos con determinadas entidades relacionadas con el mundo de la discapacidad<sup>1000</sup> para suministros o prestación de servicios, si bien el límite de habilitación de cumplimiento de la cuota de reserva por esta vía no puede superar el 50 por 100 de la obligación total, es decir, el 3 por 100 de la plantilla de la empresa.
- Además de estas dos vías de cumplimiento indirecto de la obligación de reserva, caben otras posibilidades alternativas<sup>1001</sup>, como por ejemplo la de suscribir acuerdos de sector o empresa, sometidos a autorización administrativa, para favorecer la contratación de trabajadores con discapacidad, mediante planes de inserción y formación o bien de adaptación a los cambios tecnológicos, medida que traslada a la negociación colectiva la necesaria sensibilidad en esta materia<sup>1002</sup>.
- Finalmente, también es posible sustituir la obligación de contratación directa de trabajadores con discapacidad mediante una contribución compensatoria al Fondo de desarrollo para la inserción profesional de las personas con discapacidad<sup>1003</sup>. Los recursos económicos que se obtienen como consecuencia del incumplimiento de la cuota obligatoria pueden

---

<sup>1000</sup> *Entreprises adaptées, Centres de distribution de travail a domicile (CDTD) o Etablissements ou services d'aide par le travail (ESAT)*. Las "empresas adaptadas" han de tener un mínimo del 80 por 100 de trabajadores con discapacidad en sus plantillas, ofreciendo un trabajo indefinido o temporal sobre la base de una relación laboral común. Por su parte los CDTD son empresas adaptadas cuya peculiaridad consiste en que el trabajador con discapacidad desarrolla su actividad laboral en su propio domicilio. Finalmente, los ESAT tienen una naturaleza híbrida, educativa y laboral, proporcionando trabajo adecuado para personas con discapacidad a la vez que promueven la autonomía social de estas personas.

<sup>1001</sup> Recogidas en los artículos L.5212-6 a L.5112-15 del *Code du Travail*.

<sup>1002</sup> CROS-COURTIAL, M.: *Travail et Handicap en Droit Français*, Vannes, CTNERHI, 1989, pág. 73.

<sup>1003</sup> En Francia, el Fondo lo gestiona la *Association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées (AGEFIPH)*, creada en 1987. Su Consejo administrativo se compone de representantes de los empleadores, de los trabajadores y de personas con discapacidad en calidad de representantes, así como de personas cualificadas nombradas por los interlocutores sociales y de organizaciones de personas con discapacidad. Finalmente, también tiene representación el Ministerio de Empleo y Solidaridad.

utilizarse para financiar la formación profesional de personas con discapacidad<sup>1004</sup>.

Por lo que hace referencia a la situación del sistema de cuotas en Francia, según un informe de 1996 del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales francés, en 1994 el 62,8% de los empleadores cumplieron con su obligación pagando simplemente la tasa, un 19,8% lo hicieron a través de subcontrataciones y tasas, mientras que el 12,4 % sólo realizó subcontrataciones<sup>1005</sup>. En 1997, el índice de empleo de los trabajadores con discapacidad en las empresas obligadas legalmente por la reserva de empleo era del 4 % (3 % en el sector público), y en 1998, algo más de la mitad de todas las empresas con 20 empleados o más cumplían con su obligación en la materia contribuyendo al Fondo<sup>1006</sup>. Datos más recientes parecen apuntar a un mayor grado de cumplimiento estricto de la obligación de reserva, si consideramos que en el año 2006 se llegó, directamente o a través de las contribuciones compensatorias, al 5,3 por 100 de empleo de personas con discapacidad en las empresas obligadas a cumplir la obligación de reserva. No obstante, también resulta significativo que únicamente el 60 por 100 de las empresas obligadas contrataron directamente a trabajadores con discapacidad, mientras que el resto basaron el cumplimiento de la obligación en alguna de las medidas alternativas a las que hemos hecho referencia anteriormente<sup>1007</sup>.

Un tercer país representativo del sistema de cuotas obligatorio es Italia. El artículo 1.1 de la Ley nº 68, de 12 de marzo de 1999, que aprueba las normas para el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, establece que esta ley tiene por objeto la promoción de la inclusión y la integración laboral de las personas con discapacidad en el mercado laboral. Con tal finalidad, en su artículo 3 se obliga a los empleadores públicos y privados a cubrir una cuota de reserva a favor de trabajadores con discapacidad del 7 por 100, si emplean a más de 50

---

<sup>1004</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: «Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo...», op. cit., pág. 36.

<sup>1005</sup> THORNTON, P. y LUNT, N.: *Employment policies for disabled people in eighteen countries: A review*, New York, Universidad de Nueva York, Social Policy Research Unit (Departamento de Investigación en Política Social), 1997, pág. 127.

<sup>1006</sup> O'REILLY, A.: *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades...*, op. cit., pág. 103.

<sup>1007</sup> AMIRA, S.: «L'obligation d'Emploi de personnes handicapées: une nouvelle loi à partir de 2006», *Premières Synthèses*, Noviembre de 2008, núm. 46.1, pág. 2.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

empleados. En el caso de empresas de menor volumen de trabajadores, se establecen cuotas de reserva más modestas, de modo que si la empresa emplea a un número de trabajadores entre 36 y 50 deberá tener, al menos, dos trabajadores con discapacidad contratados, y si emplea entre 15 y 35, uno de ellos, al menos, deberá ser una persona con discapacidad<sup>1008</sup>.

También en el caso italiano la delimitación subjetiva del ámbito de aplicación de la cuota de reserva es notablemente amplio, puesto que se aplica a las personas en edad de trabajar que presentan discapacidades físicas, mentales o sensoriales y a los que padecen discapacidad intelectual con una reducción de la capacidad de trabajo superior a 45 por ciento, a las personas con incapacidad para trabajar con un grado de discapacidad superior al 33 por ciento, a las personas que son ciegas, sordas o mudas, y también a las personas con discapacidad derivada de la participación en la guerra.

En Italia, las consecuencias del incumplimiento se materializan en forma de sanciones, si bien también en este caso existen posibilidades de cumplimiento de la obligación de reserva que no pasan necesariamente por la contratación de trabajadores con discapacidad. En este sentido, los empleadores del sector privado y las entidades económicas públicas que, por las condiciones especiales de su negocio o actividad, no puedan ocupar la totalidad del porcentaje de personas con discapacidad, podrán, previa solicitud, quedar parcialmente exentos de la obligación de contratación a estas personas siempre que paguen al Fondo Regional para el Empleo de las Personas con Discapacidad una contribución por las contrataciones no realizadas, a razón de 25.000 liras<sup>1009</sup> por día de trabajo y por cada trabajador con discapacidad que no se haya ocupado<sup>1010</sup>. También se prevé, en el artículo 12 de la propia Ley de 12 de marzo de 1999<sup>1011</sup>, la posibilidad de establecer convenios específicos para insertar temporalmente en las empresas

---

<sup>1008</sup> Anteriormente, la Ley nº 482, de 2 de abril de 1968, obligaba a las empresas de más de 35 trabajadores a reservar al menos el 15 por 100 de los puestos de trabajo para trabajadores con discapacidad en sentido amplio. Resultó, en su momento, la cuota de reserva más alta de Europa, si bien se incluían en la misma a colectivos tales como viudas, huérfanos o refugiados.

<sup>1009</sup> El equivalente de esta cantidad es de 12,91 euros.

<sup>1010</sup> Artículo 5.3 de la Ley de 12 de marzo de 1999.

<sup>1011</sup> Modificado por Ley nº 247, de 24 de diciembre de 2007.



por un periodo máximo de doce meses, prorrogables en algunos casos por doce meses más, a trabajadores con discapacidad. Estos acuerdos no podrán referirse a más de un trabajador con discapacidad si el empleador tiene menos de 50 empleados, o más del 30 por ciento de trabajadores con discapacidad derivados de la cuota de reserva, si el empleador cuenta con más de 50 empleados.

Hay muchos otros ejemplos de países europeos que han adoptado sistemas obligatorios de cuotas de reserva para emplear a trabajadores con discapacidad con mecanismos específicos de contribución compensatoria. En Austria, por ejemplo, esa cuota es del 4 por 100, y afecta a empresas con más de 25 trabajadores, debiendo realizar una contribución compensatoria de 220 euros mensuales por trabajador no contratado a un Fondo Nacional de Rehabilitación en caso de no alcanzar el mínimo de contrataciones establecido<sup>1012</sup>; este Fondo lo administra un Ministerio gubernamental que calcula el importe que debe un empleador y le informa del mismo<sup>1013</sup>. También Grecia tiene una cuota de reserva del 8 por 100 que afecta a empresas de más de 50 trabajadores, si bien al menos el 2 por 100 -3 por 100 en el sector público- debe cumplirse contratando a personas con discapacidades con grados iguales o superiores al 50 por 100. Polonia, por su parte, ha establecido una cuota de reserva del 6 por 100 para trabajadores con discapacidad, con mecanismos de contribución compensatoria, que obliga a las empresas que tengan al menos 25 trabajadores; en este caso, también se contemplan cálculos multiplicados en el caso de personas con discapacidad con especiales dificultades para el empleo. Eslovaquia, Luxemburgo o Eslovenia son otros ejemplos de sistemas de cuota obligatoria con contribución compensatoria alternativa.

En otros países europeos, como Chipre o Malta, se instauran sistemas obligatorios de cuota de reserva de empleo, pero sin alternativas de contribución compensatoria. España, como veremos, comenzó perteneciendo a este último grupo de países para pasar posteriormente a ocupar un puesto entre los que

---

<sup>1012</sup> Esta contribución compensatoria puede ser sustituida por un compromiso por parte de la empresa de formar a personas con discapacidad. En este caso, la empresa obtiene una subvención equivalente a la que hubiera correspondido en concepto de contribución compensatoria.

<sup>1013</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: «Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo...», op. cit., pág. 37.

tienen establecidas medidas alternativas a la contratación directa de trabajadores con discapacidad.

Fuera de Europa, encontramos sistemas obligatorios de cuota en países como Japón, donde el cupo para personas con discapacidades varía en función del índice de empleo a tiempo completo y del desempleo en el mercado de trabajo global. Por su parte, China contempla un sistema de cuotas con contribuciones compensatorias, estableciendo sanciones en los supuestos de retraso en el pago de tales contribuciones. Otros países, como ocurre en el caso de Tailandia, han establecido sistemas de cuotas con carácter obligatorio<sup>1014</sup>, pero sin mecanismo alguno de ejecución y control del cumplimiento de tal obligación, lo que ha derivado en unas tasas de cumplimiento extremadamente bajas<sup>1015</sup>.

### **5.2.3 Sistemas de cuota no obligatorios y sistemas de cuotas restringidos**

A diferencia de lo que hemos visto en el apartado anterior, las cuotas de reserva se han planteado en ocasiones desde un punto de vista meramente promocional o, incluso, como simples orientaciones o recomendaciones, de naturaleza más ética que jurídica. No se trata, por tanto, de mecanismos de acción afirmativa directa, e incluso, cuando ni siquiera vienen acompañados por medidas indirectas -de carácter económico generalmente- podríamos convenir que estos sistemas de cuotas no constituyen, como tales, mecanismos de acción positiva de ninguna clase desde el punto de vista jurídico, en la medida en que está ausente la acción del Estado como productor de normas para provocar una determinada reacción en el ámbito del empleo.

Un ejemplo significativo de la adopción de estos sistemas de cuotas no obligatorios es el de Holanda, país que por otra parte no acoge en su normativa un concepto de discapacidad, de modo que, tal como ha venido sucediendo en España hasta la entrada en vigor del TRLGD, la definición de las situaciones que en cada caso se consideran constitutivas de discapacidad viene dada en cada norma específica. En la Ley holandesa de Empleo de las personas con

---

<sup>1014</sup> Ley de Rehabilitación de las Personas con Discapacidad de 1991.

<sup>1015</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: «Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo...», op. cit., pág. 39.

Discapacidad de 1947 se instauró inicialmente un sistema de cuotas de reserva obligatorio, de entre el 3 y el 7 por 100 de las plantillas, para empresas de más de 20 trabajadores. Sin embargo, y muy probablemente como consecuencia de la asunción del alto grado de incumplimiento de la norma, Holanda abandona este sistema tradicional de reserva de empleo en 1986 mediante una nueva Ley de Empleo de las personas con Discapacidad, que además elimina el requisito de que estos trabajadores deban estar inscritos a efectos de su contratación laboral y amplía el ámbito subjetivo al incluir a todas las personas que percibían pensiones u otras prestaciones por razón de discapacidad<sup>1016</sup>.

El derecho holandés vigente en esta materia establece una cuota de reserva para la contratación de trabajadores con discapacidad de entre el 3 y el 5 por 100, tasa que al entrar en vigor la Ley de 1986 esperaba ser lograda en un plazo de tres años; este objetivo resultó fallido, puesto que en 1989 dicha tasa se situó en el 2,2 por 100, y fue cayendo paulatinamente en los años siguientes hasta situarse en el año 1990 en el 2 por 100. Este sistema holandés es totalmente voluntario para las empresas, de modo que aquellas que no alcanzan la cuota propuesta no incurrir en responsabilidad de ningún tipo y, consecuentemente, no pueden ser sancionadas. La única obligación que la legislación holandesa impone a los empresarios en esta materia es la de disponer de un registro actualizado de los empleados con discapacidad contratados.

Junto a estos sistemas de cuota no obligatorios, en Europa encontramos también ejemplos de países en los que se adoptan sistemas obligatorios para el sector público, pero sin que la obligación se extienda a las empresas privadas. Se trata, por tanto, de sistemas restringidos, y un ejemplo representativo es el de Bélgica, país en el que únicamente las denominadas "empresas sociales" y el sector público están obligados a una cuota mínima, a pesar de que la *Loi de Réhabilitation Sociale* de 1963 establecía una cuota mínima de contratación de personas con discapacidad, tanto en el sector público como en el privado. No obstante esta previsión, únicamente se acabó aplicando al primero de ellos.

---

<sup>1016</sup> O'REILLY, A.: *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades...*, op. cit., pág. 100.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Similar situación se da en Irlanda desde que la *Employment equality act* de 1998, posteriormente modificada por la Ley de Igualdad de 2004, estableciera la obligación legal de emplear a trabajadores con discapacidad. Los organismos públicos deben cumplir con un objetivo del 3 por 100 de reserva de empleo para personas con discapacidad, y se crea un Comité de seguimiento al que anualmente debe informarse sobre el grado de cumplimiento de esta obligación. Sin embargo, no existe cuota de reserva alguna en Irlanda en el sector privado.

En ambos casos –los sistemas de cuota de reserva no obligatorios y los sistemas de cuotas de reserva restringidos- el hecho de que el legislador manifieste su aprobación a determinados comportamientos de los empresarios, argumentando incluso su posición, no convierte a ese pronunciamiento en un acto jurídico relevante y, consecuentemente, aunque pueda provocar inducidamente algún efecto benéfico en el empleo de las personas con discapacidad, no debe ser considerado parte de la acción legislativa para favorecer la igualdad de oportunidades. Ello no obsta para que las recomendaciones o propuestas de buenas prácticas por parte del legislador deban ser acogidas favorablemente, y lo mismo cabe decir de las que en idéntico sentido puedan realizar cualesquiera otras instituciones u organizaciones, pero no deben sustituir en ningún caso la actuación legislativa para luchar contra la discriminación. Si una de las tachas más comúnmente vertidas sobre los sistemas de cuota de reserva obligatoria es, como hemos visto, el elevado grado de incumplimiento que se genera en la mayoría de los casos, desde luego no parece que transformar esos sistemas en voluntarios o restringirlos únicamente al empleo público mejore significativamente las expectativas de favorecer la igualdad de oportunidades de este colectivo en relación con el empleo.

### 5.3 Las cuotas de reserva de empleo en España: antecedentes y evolución histórica

Como antecedente remoto del sistema actual de cuotas de reserva de empleo en España, encontramos mecanismos que, al igual que había sucedido en otros países europeos, favorecen el empleo público de los mutilados de guerra<sup>1017</sup>. Entre estas normas destaca el Decreto de 5 de abril de 1938, que aprueba el reglamento del Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria y que, entre otras medidas, favoreció el acceso al empleo público de los miembros de este Cuerpo llegando a reservar el 30 por ciento de las plazas en importantes cuerpos de la Administración, tanto estatal como local, y en las empresas públicas<sup>1018</sup>. Este Decreto de 1938, que reestructuró las Juntas Provinciales de Beneficencia y reguló el auxilio social en esta primera época tras el estallido de la Guerra Civil, se mantendrá en vigor hasta resultar derogado por la Ley de 26 de diciembre de 1958, que a su vez perdió su vigencia con la aprobación de la Ley 5/1976, de 11 de marzo, de Mutilados de Guerra por la Patria. La Disposición Común Octava de esta última Ley establecía una reserva de plazas o destinos de carácter subalterno en la Administración Central, Local e Institucional, en las Empresas Nacionales y en las Entidades que directa o indirectamente gestionaran servicios públicos, en una cuantía a determinar reglamentariamente y que no podría ser inferior al 5 por 100 del total, a favor de los miembros del Cuerpo de Caballeros Mutilados Útiles no profesionales. Por otra parte, la misma Ley de 1976 exigía que en las oposiciones o concursos para ingreso en todos los Cuerpos no subalternos de funcionarios públicos se reservara el 5 por ciento de las vacantes al personal del Cuerpo de Mutilados, siempre que los candidatos reunieran los títulos y demás requisitos exigidos en la convocatoria.

Esta normativa militar no puede ser considerada, *stricto sensu*, una cuota de reserva de empleo en los términos que actualmente utilizamos, pero constituye

---

<sup>1017</sup> CASADO PÉREZ, D.: «Introducción. El Programa pro acceso de las personas con discapacidad al empleo público del Real Patronato sobre Discapacidad», en AA.VV.: *Acceso de las Personas con Discapacidad al Empleo Público 1985-1999, Madrid, Ed. Real Patronato sobre Discapacidad, 2002*, pág. 10.

<sup>1018</sup> La Orden de 29 de noviembre de 1958, que regula la Asociación Nacional de Inválidos Civiles, constituye otro ejemplo de lo que entonces se denominaba “*reeducción de inválidos para el trabajo*”.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

sin duda un interesante precedente y una plasmación práctica de la reserva de empleo, aunque en ámbitos extraordinariamente restringidos. Las cuotas de empleo como mecanismos de acción positiva para el empleo de personas con discapacidad no aparecerán en España hasta 1970, con la entrada en vigor del Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores *minusválidos*, al que acompañaría poco después con la Orden de 12 de enero de 1972, y que introdujo además medidas promocionales de acción positiva para complementar las de acción directa<sup>1019</sup>. Ambas normas se mantendrán prácticamente inalteradas hasta la entrada en vigor de la LISMI, de modo que constituyeron durante más de una década el centro neurálgico de la actuación del Estado en materia de fomento del empleo de las personas con discapacidad y corrección de la falta de igualdad de oportunidades de estas personas en el acceso al empleo, llegando incluso a ser consideradas más completas en este ámbito que la normativa que las sucedió en el tiempo<sup>1020</sup>.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 2531/1970, las empresas cuya plantilla excediera de 50 trabajadores fijos tenían la obligación de emplear un número de trabajadores con discapacidad no inferior al 2 por ciento de la plantilla total, contratándolos de entre aquellos que se encontraran inscritos como tales en el correspondiente Censo de trabajadores con discapacidad de las Oficinas de Colocación. No obstante, la norma preveía, en su artículo 10, que el Ministerio de Trabajo determinaría y clasificaría previamente, por ramas de actividad y categorías profesionales, los empleos y puestos de trabajo que las empresas deberían reservar para la contratación de trabajadores con discapacidad. A estos efectos, se tendría en cuenta la causa y naturaleza de la limitación de la capacidad de estos trabajadores, así como el grado de

---

<sup>1019</sup> En el artículo 16 del Decreto 2531/1971 se reconocía a las empresas el derecho a disfrutar de una bonificación del 25 por ciento sobre las aportaciones a la Seguridad Social por contingencias comunes, pero únicamente respecto de los trabajadores con discapacidad contratados por encima de la cuota de reserva establecida. Posteriormente, el Decreto 1378/1975, de 12 de junio modificó este artículo para graduar el importe de las bonificaciones en función de la edad de los trabajadores.

<sup>1020</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Una perspectiva histórica de la intervención...», op. cit., pág. 124.

disminución de la misma y los conocimientos profesionales de los afectados<sup>1021</sup>. Por otra parte, la obligación de reserva establecida en este Decreto no era absoluta, sino que debía ser cumplida a medida que se fueran produciendo vacantes en las empresas por causas “naturales o biológicas”, de modo que la medida no operaba de manera automática sobre las empresas obligadas, que podían abstenerse de cumplirla si no concurrían las señaladas causas como generadoras de vacantes.

Por otra parte, este sistema de cuotas de reserva de empleo no era puro, sino que contemplaba la posibilidad alternativa de aplicar contribuciones compensatorias. Así, se preveía que el porcentaje de reserva, establecido como hemos visto en el 2 por 100 con carácter general, pudiera resultar reducido e incluso anulado por completo, previa autorización del Ministerio de Trabajo<sup>1022</sup>, cuando así lo impusieran las “exigencias ineludibles del proceso laboral, o la especial peligrosidad, toxicidad o penosidad del puesto de trabajo a desempeñar”. No es preciso destacar que la ambigua formulación de las causas de exclusión de la obligación de reserva permitía de facto, en la mayoría de los casos, eludir su cumplimiento, si bien cuando así fuera dicha obligación podía ser sustituida por el ingreso de una contribución compensatoria. En el Decreto de 1970 no se hace referencia alguna al destino de los fondos que se pudieran derivar de esas compensaciones ni a la finalidad que pudiera atribuirse a los mismos.

El artículo 49 de la CE supondrá, como ya hemos visto en distintos apartados de esta obra, un punto de inflexión en la regulación del trabajo de las personas con discapacidad, configurado como un verdadero derecho cuya efectividad debe estar garantizada por los poderes públicos. El Real Decreto 1327/1981, de 19 de junio, sobre programa de empleo para trabajadores *minusválidos*, derogó el Decreto 2531/1970, quedando de este modo sin efecto la cuota de reserva que contenía, puesto que el Decreto de 1981 únicamente regulaba medidas de acción positiva promocionales, consistentes en subvenciones y bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social. No obstante, el paréntesis en la acción positiva

---

<sup>1021</sup> Se contenían también previsiones relacionadas con la negociación colectiva, en los términos propios de ese momento histórico, a las que haremos referencia en el siguiente apartado.

<sup>1022</sup> Se requería informe del Jurado de Empresa o, en su defecto, de los Enlaces Sindicales.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

directa duraría poco, puesto que el artículo 38.1 de la LISMI recuperó inmediatamente la cuota de reserva, si bien con cambios significativos respecto de la recogida en el Decreto de 1970.

En efecto, el artículo 38.1 de la LISMI, en su redacción original, estableció que las empresas públicas y privadas que emplearan un número de trabajadores fijos que excediera de cincuenta<sup>1023</sup> vendrían obligadas a emplear un número de trabajadores con discapacidad no inferior al 2 por 100 de la plantilla. La formulación de la obligación resulta simple e incondicionada porque, a diferencia de la regulación anterior, no opera a partir de la existencia de vacantes ni puede ser sustituida por contribuciones compensatorias que disminuyan o anulen el alcance de la cuota de reserva. Se convierte así España en uno de los pocos países europeos que acogen una reserva de empleo obligatoria para personas con discapacidad, y por tanto susceptible de generar sanciones ante su incumplimiento, sin sistema alternativo de contribución compensatoria. En desarrollo de este precepto, el Real Decreto 1451/1983 estableció en su artículo 4 que las empresas que resultaran obligadas a reservar empleo de acuerdo con lo establecido en el artículo 38.1 de la LISMI, deberían contratar a los trabajadores con discapacidad en número suficiente para cubrir su cuota de reserva, siempre que esos trabajadores se encontraran inscritos en el correspondiente registro de trabajadores con discapacidad de la Oficina de Empleo.

Al igual que sucediera en otros países que optaron por cuotas de reserva de empleo puras, sin posibilidad de contribuciones compensatorias, el grado de cumplimiento de la obligación establecida en la LISMI comenzó siendo notablemente bajo, y se mantuvo en ese rango durante mucho tiempo, llegando a constituir muy probablemente una de las normas jurídico-laborales que ha presentado un mayor grado de incumplimiento<sup>1024</sup>. Sea como fuere, lo cierto es que la respuesta del legislador a ese alarmantemente bajo nivel de cumplimiento de la obligación de reserva no fue, como veremos, ni inmediata ni contundente.

---

<sup>1023</sup> Por tanto, en aquel momento las empresas que tuvieran cincuenta trabajadores estaban exentas de esta obligación.

<sup>1024</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad...», op. cit., pág. 44.



Por otra parte, la acción administrativa para la aplicación del derecho sancionador tampoco fue especialmente intensa<sup>1025</sup>.

Fuera por estos motivos o por otros, el Legislador decidió modificar el artículo 38 de la LISMI a través de la Disposición Adicional 39ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y de la Disposición Adicional 11ª de la Ley 50/1998, de igual título que la anterior. La primera de estas modificaciones fue consecuencia del Acuerdo entre el MTAS y el CERMI de 15 de octubre de 1997, por el que se establece un Plan de medidas urgentes para la promoción del empleo de las personas con discapacidad. Estas normas llevan a cabo las siguientes reformas en la regulación de la obligación de reserva:

- Por una parte, se elimina la referencia, en la determinación de las plantillas de las empresas obligadas, a que los trabajadores a computar para alcanzar el número mínimo de 50 trabajadores deban ser “fijos”. Por tanto, a partir de la entrada en vigor de la Ley 66/1997, el cómputo de trabajadores de las empresas se realizará, como resulta más lógico<sup>1026</sup>, sobre la totalidad de los empleados, como tendremos ocasión de ver en ulteriores apartados de este capítulo.
- Por otra, y para evitar tentaciones interpretativas restrictivas del ámbito subjetivo de la obligación, expresamente se determina que 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 con la empresa.

---

<sup>1025</sup> No aparecerán, ni en las Comisiones Territoriales ni en las Conferencias Sectoriales de Asuntos Laborales, previstas en la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, actuaciones programadas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cumplimiento de la obligación de reserva establecida primero en el artículo 38.1 de la LISMI y actualmente en el artículo 42.1 del TRLGD hasta la primera década del Siglo XXI. Hasta ese momento no figura esta materia como objetivo específico de la propia Inspección, por lo que, con carácter general, únicamente se realizan controles del cumplimiento de la obligación en las actuaciones rogadas.

<sup>1026</sup> RODRÍGUEZ HIDALGO, J.: «El fomento del empleo de los *minusválidos* a través de la “cuota de reserva”», en DUEÑAS HERRERA, L. (Director): *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, Valladolid, Editorial de la Universidad de Valladolid, 2005, pág. 557.

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

- Por último, se introducen mecanismos de contribución compensatoria al establecer que, 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, 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.

La Disposición Adicional 17ª de la Ley 24/2001, 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dio nueva redacción al artículo 38.1 de la LISMI, que es la que se mantuvo vigente hasta la derogación de esta norma por el actual TRLGD. En el nuevo redactado se añadió que también estarán incluidos en el cómputo de trabajadores con discapacidad contratados por las empresas públicas o privadas obligadas a la reserva de empleo, aquellos que se encuentren en cada momento prestando servicios en las mismas en virtud de los contratos de puesta a disposición que se hayan celebrado con empresas de trabajo temporal.

Finalmente, el TRLGD derogó la LISMI, e incorporó el contenido del artículo 38.1 de esta norma en su artículo 42.1, que establece lo siguiente: “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 aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal”. Por lo que hace referencia a los mecanismos de contribución compensatoria, el mismo artículo 42.1 del TRLGD establece que “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”.

## **5.4 La reserva de empleo en la empresa: regulación legal y tratamiento convencional**

### **5.4.1 Delimitación subjetiva de la obligación de reserva: empresas obligadas**

De acuerdo con el vigente redactado del artículo 42.1 del TRLGD, la obligación de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad afecta a las empresas públicas o privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores, y se materializa en que estas empresas vendrán obligadas a que, al menos, el 2 por ciento de sus trabajadores sean personas con discapacidad. Conviene delimitar, por tanto, el ámbito subjetivo de la obligación, tanto por lo que hace referencia a las empresas que deben cumplirla como a los trabajadores beneficiarios de esta medida de acción positiva. Analizaremos la primera cuestión en el presente apartado, y la segunda en el siguiente.

Con carácter general hay que señalar que, respecto de la delimitación de las empresas obligadas por la cuota de reserva, la actual configuración de la obligación ha resultado ampliada, puesto que la Ley 66/1997, a la que ya hemos hecho referencia, centró en la empresa y no en el centro de trabajo, el referente de cálculo de la plantilla para determinar si existe o no el deber de reservar empleo para personas con discapacidad. Anteriormente, algún pronunciamiento judicial harto discutible<sup>1027</sup>, en ausencia en el redactado original de la norma de la actual expresión “cualquiera que sea el número de centros de trabajo”, había

---

<sup>1027</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad...», op. cit., pág. 45.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

referido el cómputo de la plantilla al total de la empresa<sup>1028</sup>. Ni que decir tiene que hay muchas más empresas que cuentan con 50 o más trabajadores que centros de trabajo en los que se cumpla tal condición, resultando además más pacífica, desde el punto de vista técnico, la actual referencia a las empresas que la anterior a los centros de trabajo<sup>1029</sup>. Por otra parte, la misma Ley 66/1997 eliminó la exigencia de que los trabajadores deban ser “fijos” para que puedan ser incluidos en el cálculo de la plantilla de las empresas, con idéntico efecto que la modificación anterior, en el sentido de ampliar el número de empresas que resultan obligadas a reservar empleo para trabajadores con discapacidad.

Por último, y en términos de derecho comparado, la delimitación subjetiva del ámbito de aplicación de la cuota de reserva en España no se presenta tan decidida como en otros países cuya legislación hemos tenido ocasión de analizar anteriormente. De hecho, como ya hemos señalado en el capítulo 2, según datos facilitados por el Instituto Nacional de Estadística, en España había en el año 2013 3.146.570 empresas, de las cuales 22.954 tenían 50 o más trabajadores asalariados, lo que supone que la obligación de reserva, en términos relativos, afecta a un escaso número de empresas, por debajo del 1 por 100 del total. Ni que decir tiene que una rebaja en el número de trabajadores de las empresas obligadas por el artículo 42.1 del TRLGD ampliaría los efectos positivos de la cuota de reserva. Recordemos, por ejemplo, que ese límite en Francia se sitúa en 20 trabajadores<sup>1030</sup> y en Austria y Polonia en 25.

---

<sup>1028</sup> NUÑEZ GONZÁLEZ, C.: «La aplicación de la reserva de empleo para personas con minusvalía (Comentario a la sentencia de 11 de mayo de 1995 del TSJ de la Comunidad Valenciana)», *Tribuna Social*, 1996, nº 68-69, págs. 31 a 34.

<sup>1029</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas» en ROMERO RÓDENAS, M. (Coordinadora): *Trabajo y protección social del discapacitado*, op. cit., pág. 81.

<sup>1030</sup> AUVERGNON, P.: «El trabajo de los *minusválidos* en Francia», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 1, 1998, págs. 1162 a 1180. El autor señala, acertadamente, que a pesar de que el universo de empresas se ve ampliado al establecer el límite de trabajadores en plantilla en 20, al referirlo a los centros de trabajo y no a las empresas, ese efecto multiplicador resulta severamente mermado.

### **A) Obligación de reserva de empleo del TRLGD versus obligación de reserva en las ofertas de empleo público del EBEP**

Por lo que hace referencia a las empresas, la primera cuestión problemática es la expresión “públicas o privadas”, en relación con los límites entre la obligación de reserva de empleo de este artículo 42.1 del TRLGD y la de reserva en las ofertas de empleo de las Administraciones Públicas recogida en el artículo 59 del EBEP, a la que nos referiremos en el último apartado del presente capítulo. Lo cierto es que la cuestión se suscita básicamente en relación con el propio concepto de Administración Pública, de modo que los ámbitos de aplicación del TRLGD y del EBEP, respecto de las medidas de acción positiva para el empleo de las personas con discapacidad, quedan condicionados por ese mismo concepto. En una primera aproximación, podemos determinar que no estarán afectadas por la obligación de reserva de empleo del artículo 42.1 del TRLGD aquellas entidades que se hallen incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP, puesto que para éstas resultará exigible la reserva de empleo en las Ofertas Públicas de Empleo establecida en esta última norma.

En definitiva, el TRLGD impone una obligación de contratar, como no podía ser de otro modo, únicamente a aquellos empleadores que gozan de libertad para hacerlo, y sin perjuicio de que las circunstancias del mercado de trabajo y su estrecha relación con los ciclos económicos y de empleo puedan afectar a las situaciones de excepcionalidad de las empresas, como veremos más adelante. Por su parte, el EBEP establece otra obligación a aquellos empleadores que, por estar sometidos a los principios constitucionales de mérito y capacidad consagrados en el artículo 103.3 C.E., no pueden tener una capacidad contractual incondicionada<sup>1031</sup> y, por tanto, deben someter sus procesos de selección a mecanismos que garanticen los mencionados principios constitucionales, en términos de igualdad. Por ello, las Administraciones Públicas no están obligadas a contar en sus plantillas con un determinado porcentaje de empleados con discapacidad, circunstancia que comprometería sin duda alguna los mencionados

---

<sup>1031</sup> MOLINA GARCÍA, M.: *El contrato de trabajo en el sector público*, Granada, Comares, 2000, pág. 217. La autora indica cómo el contrato de trabajo concertado por una Administración Pública puede estar más próximo a ser “un pliego de condiciones preestablecidas” que el trabajador implícitamente acepta en el momento en que opta a la plaza.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

principios de mérito y capacidad<sup>1032</sup>, pero sí deben reservar en las convocatorias de empleo público un determinado porcentaje de plazas para aspirantes con discapacidad, que actualmente es del 7 por 100, y procurar las medidas de adaptación necesarias para que los procesos de selección se desarrollen en condiciones de igualdad con el resto de aspirantes. Así pues, de existir una precisa delimitación entre los empleadores que no tienen limitaciones constitucionales derivadas del artículo 103.3 para determinar la composición de sus plantillas de trabajadores y aquellos otros que, por tener la condición de Administración Pública, deben someter necesariamente sus procesos de selección a tales principios, la cuestión resulta realmente sencilla: los primeros, siempre que tengan 50 o más trabajadores, deberán contar al menos con un 2 por 100 de trabajadores con discapacidad, mientras que los segundos están obligados únicamente a reservar un 7 por 100 de las plazas ofertadas a personas con discapacidad, con independencia del resultado final en términos porcentuales de integración de estas personas en el ámbito del empleo público. La cuestión, no obstante, no es tan simple, máxime si tenemos en cuenta que, aunque a primera vista pareciera que la obligación de reserva de empleo resulta más eficaz que el cupo de reserva de plazas públicas ofertadas, a la vista de los resultados que tendremos ocasión de comentar en el último apartado del presente capítulo, debe concluirse que padecen ambas similares grados de ineficacia.

Podemos comenzar por admitir como evidente que el artículo 42.1 del TRLGD está pensando en contrataciones sometidas al Derecho del Trabajo, puesto que hace referencia a empresas que “empleen a un número de 50 o más trabajadores” y a la obligación de que las personas con discapacidad tengan, a su vez, tal condición, puesto que utiliza la expresión “entre ellos”. No obstante la incuestionable naturaleza laboral del vínculo que debe existir entre las empresas

---

<sup>1032</sup> MONTOYA MELGAR. A.: «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo estatuto del empleado público)», Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas, Cuadernos de Derecho Judicial, 2007, pág. 467. La Administración que asume el papel de empleador laboral está sometida al bloque del Derecho del Trabajo, aunque con las peculiaridades que establece el EBEP, de modo que no goza de la libertad de los empresarios privados en esta materia, puesto que en los procesos de selección de personal, el empleo público está sometido a los principios constitucionales y a los procedimientos administrativos que lo regulan.

obligadas y los trabajadores con discapacidad contratados a efectos del cumplimiento de la obligación de reserva, el TRLET no contiene referencia alguna a las empresas públicas, y en consecuencia, no puede apreciarse en esta norma la delimitación entre éstas y aquellas que no tienen tal naturaleza a efectos de la regulación de la relación laboral en unas y otras.

Ya hemos tenido ocasión de hacer referencia a las implicaciones constitucionales que la libertad de empresa, en el ámbito privado, presenta en relación con la obligación de reserva, por lo que procede ahora plantearse el alcance de la obligación de reserva que el artículo 42.1 del TRLGD impone a las empresas públicas. A pesar de que la normativa reguladora de las sociedades públicas es compleja y diversa en los ámbitos estatal, autonómico y local<sup>1033</sup>, debemos atender a las características generales y comunes a todos ellos, de modo que podamos concluir la normativa aplicable en materia de contratación laboral y las condiciones en que la misma puede llevarse a cabo. En este sentido, la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado establece que “las sociedades mercantiles estatales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación” y añade que “en ningún caso podrá disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”<sup>1034</sup>. Así pues, en principio, no hay sometimiento de estas empresas públicas a la normativa reguladora de la función pública, afirmación que se sostiene tras la lectura del artículo 2 del EBEP, relativo a su ámbito de aplicación, y que junto con

---

<sup>1033</sup> MONTOYA MARTÍN, E.: *Las empresas públicas sometidas a derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 329. El autor señala cómo, en las Comunidades Autónomas, es frecuente encontrar previsiones legislativas específicas sobre la empresa pública. Este es el caso, entre otros, de Cataluña, Madrid, Baleares, el País Vasco o Andalucía. En otras, sin embargo, se incluye este aspecto dentro de la normativa general sobre la organización de la Administración Pública. En el caso de la Administración Local la síntesis resulta prácticamente inabarcable, dadas las múltiples y diferentes situaciones que se plantean. En todo caso, es práctica habitual que la creación de una sociedad pública municipal conlleve la aprobación de su marco regulador.

<sup>1034</sup> FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J: *Diccionario Jurídico*, Pamplona, Aranzadi, 2001, pág. 288. Define la empresa pública como la sociedad mercantil cuyo capital es total o mayoritariamente perteneciente a una Administración Pública, y añade que su régimen jurídico es totalmente de Derecho Privado y no constituye una Administración Pública, aunque dependa de ella, para finalizar señalando que la proliferación de este tipo de empresas constituye una verdadera “huida del Derecho Administrativo”.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

las referencias al personal de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales y de las Universidades Públicas, cita el correspondiente a “los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas”. Así pues, excluidas las sociedades públicas del ámbito del derecho público, las relaciones de éstas con su personal no estarán, en principio, sujetas a la regulación del EBEP y, por tanto, los procesos de selección del personal estarán sometidos a las normas reguladoras de la relación laboral, cuando éste sea el caso. La consecuencia inmediata sería el sometimiento de estas empresas al cumplimiento de la obligación de reserva en la contratación de trabajadores con discapacidad que les impone el artículo 42.1 del TRLGD.

Sin embargo, la Disposición Adicional 1ª del EBEP, al referirse al ámbito específico de aplicación de esta norma, establece que “los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”. A los efectos que aquí interesan, se está refiriendo a los principios rectores en el acceso al empleo público del artículo 55, que cita expresamente los de igualdad, mérito y capacidad, exigiendo que los procedimientos de selección de personal, tanto funcionario como laboral, garanticen su cumplimiento. Por tanto, la cuestión radica en determinar, caso por caso, si una empresa pública aparece definida o no en su normativa específica como perteneciente al sector público estatal, autonómico o local. No obstante, no parece sencillo desvincular de este sector a una empresa pública<sup>1035</sup>, considerando además que la referencia de la Disposición Adicional 1ª del EBEP al sector público estatal parece estar relacionada con un ámbito más amplio que el estrictamente presupuestario.

---

<sup>1035</sup> En este sentido, en el Inventario de Entes del Sector Público Estatal que publica el Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Intervención General de la Administración del Estado aparecen las sociedades mercantiles estatales, en congruencia con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 47/2003, de 27 de noviembre, General Presupuestaria, que incluye, bien que “a los efectos de esta ley”, dentro del sector público estatal a las “entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella”.



Cabe concluir, por tanto, que la Disposición Adicional 1ª del EBEP impone la obligación de cumplir los principios en ella mencionados a aquellas entidades que en su normativa específica dispongan expresamente su inclusión en el sector público correspondiente. En estos supuestos, la vinculación de tales empresas públicas a los principios de igualdad, mérito y capacidad contenidos en el artículo 55 del EBEP resulta ineludible y, consecuentemente, son apreciables las limitaciones en la libertad de contratación de estas empresas. En tales casos, la obligación de reserva sería la del artículo 59 del EBEP, referida a aplicar el cupo de reserva del 7 por 100 en sus procesos de selección de personal y, por tanto, no parece posible exigir simultáneamente la cuota de reserva del 42.1 del TRLGD, por cuanto tal exigencia comprometería el cumplimiento veraz de lo establecido en el artículo 55 del EBEP o, alternativamente, en ocasiones lo convertiría en un precepto de imposible cumplimiento.

En definitiva, parece que nos encontramos ante una colisión de normas de ámbitos normativos diferentes y que plantean un conflicto interpretativo del que no parece prudente salir concluyendo que ambas obligaciones pueden coexistir, a pesar de que se ha apuntado tal posibilidad en el sentido de entender que para estas empresas públicas, si una vez aplicado el correspondiente cupo de reserva del 7 por 100 en sus procesos de selección de personal no se llegara a cubrir el 2 por 100 efectivo exigido por el artículo 42.1 del TRLGD, deberían necesariamente acudir a la solicitud de declaración de excepcionalidad y a la aplicación de medidas alternativas<sup>1036</sup>. Lo cierto es que esta posibilidad, que se presenta atractiva desde el punto de vista del impacto positivo que pudiera tener en la integración de personas con discapacidad en el empleo público, lo es en tal medida que cabe preguntarse si esta posibilidad combinada, a la que hoy se puede acceder a través de una interpretación un tanto forzada de la colisión normativa descrita<sup>1037</sup>, no debería ser aplicable en todo el ámbito de la

---

<sup>1036</sup> CORDERO GORDILLO, V.: «El acceso al empleo público de las personas con discapacidad», El Estatuto básico del empleado público: XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008, Vol. 1, 2009, pág. 149.

<sup>1037</sup> Téngase en cuenta, además, que el procedimiento para la declaración de excepcionalidad que prevé el Real Decreto 364/2005 no contempla la posibilidad de que una Administración Pública pueda acceder a tal situación por la vía de la acreditación de los servicios públicos de empleo de la imposibilidad de contratación, y ello es así porque dichos servicios no intervienen en los procesos de selección del empleo público.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

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

### **B) Los grupos de empresas**

Nuevamente la parquedad de la expresión utilizada en el artículo 42.1 del TRLGD para delimitar subjetivamente la obligación de reserva provoca problemas prácticos, en este caso a la hora de determinar si el cómputo de las plantillas, en los casos en que exista un grupo de empresas, debe realizarse sobre cada una de ellas o sobre el total de las que componen el grupo.

En este caso también existe un previo problema de dificultad de definición conceptual, ajeno al propio TRLGD, puesto que la consideración de grupos de empresas en el ámbito laboral no tiene un soporte normativo concreto. El TRLET no contiene una definición de grupo de empresas, a pesar de que hace referencia al mismo en distintas ocasiones<sup>1038</sup>, y la mayoría de las normas con contenido laboral que incluyen referencias a los grupos de empresas, no los definen<sup>1039</sup>. Ha

---

<sup>1038</sup> Artículos 15.5, 84.2 y 87.1 y 3.

<sup>1039</sup> Las excepciones resultan aplicables a ámbitos muy concretos. Así sucede con la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. En esta norma, que transpone al derecho español la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre de 1994, define el grupo de empresas como el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas, y exige para que un grupo de empresas pueda ser considerado de dimensión comunitaria que cumpla tres requisitos: que emplee 1.000 trabajadores o más en el conjunto de los Estados miembros; que comprenda, al menos, dos empresas del grupo en Estados miembros diferentes; y que, al menos, una empresa del grupo emplee 150 trabajadores o más en un Estado miembro y que, al menos, otra de las empresas del grupo emplee 150 trabajadores o más en otro Estado miembro. Otro caso es el del Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, cuyo artículo 5 añade un nuevo párrafo al apartado primero de la Disposición Adicional 16ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, para

sido la jurisprudencia la que, ante situaciones concretas en las que se revela la actuación grupal de varias empresas, ha tenido que hacer frente a esta ausencia de una definición del grupo de empresas a efectos laborales<sup>1040</sup>. Partiendo del reconocimiento de que la creación de un grupo de empresas es un acto de ejercicio de la libertad de empresa<sup>1041</sup>, la jurisprudencia ha elaborado un concepto funcional y pragmático de esta figura en el ámbito laboral, para buscar un centro de imputación de las responsabilidades laborales y proteger así los intereses legítimos de los trabajadores<sup>1042</sup>. En la construcción jurisprudencial del grupo de empresas prima, ante todo, la búsqueda de ese núcleo de imputación de responsabilidades a partir de la presencia de determinados elementos que permiten deducir una unidad de acción en todas las empresas que constituyen el grupo<sup>1043</sup>.

En definitiva, podríamos concluir que la jurisprudencia ha generado un concepto de grupo de empresas “defensivo”, en el sentido de evitar que fenómenos derivados de la descentralización productiva o de determinados intereses de tipo societario, fiscal o cualesquiera otros, pudieran provocar una deficiente aplicación de las normas laborales, en perjuicio de los trabajadores<sup>1044</sup>. Sin embargo, en el ámbito que nos ocupa no es ésta la perspectiva, sino justamente la contraria, ya que la fragmentación empresarial puede provocar un ámbito más reducido de

---

establecer que “a los efectos previstos en esta disposición resultará de aplicación el concepto de grupo de empresas establecido en el artículo 42.1 del Código de Comercio, si bien para la determinación del resultado del ejercicio solo se tendrán en cuenta los resultados obtenidos en España por las empresas que lo integren”. La especificidad de estas normas impide trasladar estos conceptos de grupo de empresas a otros ámbitos.

<sup>1040</sup> GIL Y GIL, J.: «El concepto laboral de grupo de empresas», *Capital Humano*, Ciss Praxis, nº 234, Julio-Agosto 2009, pág. 118.

<sup>1041</sup> STS de 27 de octubre de 1994 (RJ 1994\8531) y STC 46/1983, de 27 de mayo.

<sup>1042</sup> Entre otras, Sentencias del TS de 26 de septiembre (RJ 2002\1270) y 26 de diciembre de 2001 (RJ 2002\5292), 6 de marzo de 2002 (RJ 2002\4659) y 20 de enero de 2003 (RJ 2004\1825).

<sup>1043</sup> Las Sentencias del TS de 26 de enero de 1998 (RJ 1998\1062), 4 de abril de 2002 (RJ 2002\6469), 20 de enero de 2002 (RJ 2004\1825), 3 de noviembre de 2005 (RJ 2006\1244), 10 de junio de 2008 (RJ 2008\4446), 25 de junio de 2009 (RJ 2009\3263), 21 de julio de 2010 (RJ 2010\7280), 12 de diciembre de 2011 (RJ 2012\1771) y 27 de mayo de 2013 (RJ 2013\7656), entre otras, han residenciado la existencia del grupo de empresas en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; 2) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; 3) Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; 4) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

<sup>1044</sup> En la STSJ de Cataluña 13/2012, de 23 de mayo (AS 2012\1049), se llega a hablar de "grupo de empresas" desde la perspectiva "patológica laboral" que ha configurado la jurisprudencia, claramente diferenciado del legítimo grupo de empresas "económico o mercantil".

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

sujetos obligados a aplicar acciones positivas a favor de la contratación de trabajadores con discapacidad. De este modo, si la norma contemplara la posibilidad de computar la totalidad de las plantillas de las empresas que constituyen un grupo, habría muchos supuestos en los que se pasaría de la ausencia de obligación de reserva a la necesidad de cumplirla, ampliando de este modo la eficacia de la medida. Por otra parte, hay que tener en cuenta también que en un grupo constituido por empresas obligadas a cumplir la cuota de reserva, por tener cada una de ellas plantillas de 50 o más trabajadores, puede ocurrir que la cuota resulte cumplida en el grupo de empresas como tal, pero no se obtuviera el mismo resultado considerando individualmente cada una de las empresas que lo constituyen, en el supuesto de que algunas de ellas excedieran del cupo de reserva mientras que otras no llegaran al mínimo de contrataciones exigido.

Lo cierto es que, descartada la posibilidad de incluir a los grupos de empresa en el ámbito subjetivo de la obligación de reserva del artículo 42.1 del TRLGD<sup>1045</sup>, parece que la propia dinámica de la medida reclama, como señalan algunos autores<sup>1046</sup>, que estos grupos pudieran resultar obligados a cumplir el cupo del 2 por 100 cuando la suma de las plantillas de las empresas que los componen alcance, al menos, la cifra de 50 trabajadores. En este sentido, tendremos ocasión de valorar tal posibilidad más adelante, al tratar sobre las propuestas en esta materia.

---

<sup>1045</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives al seu compliment: reflexions crítiques a propòsit de la seva regulació i aplicació», Ponencia presentada en las jornadas *Les mesures alternatives a la contractació de persones amb discapacitat*, 11 de octubre de 2007, [http://www.gencat.cat/treball/doc/doc\\_44080892\\_1.pdf](http://www.gencat.cat/treball/doc/doc_44080892_1.pdf), págs. 9 a 10.

<sup>1046</sup> RODRÍGUEZ HIDALGO, J.: «El fomento del empleo de los *minusválidos* a través de la “cuota de reserva”», en DUEÑAS HERRERA, L. (Director): *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, op. cit., pág. 557.

### **C) Las tipologías contractuales y la determinación de las plantillas: el problema de la determinación de las empresas obligadas a reservar empleo para trabajadores con discapacidad**

Como ya hemos señalado, la Ley 66/1997 eliminó la exigencia de que los trabajadores contratados hubieran de ser “fijos” para computar a efectos de determinar las plantillas de las empresas en relación con la obligación de reserva de empleo de trabajadores con discapacidad. En este sentido, es de alabar la reforma por un doble motivo: en primer lugar, porque al universalizar las tipologías contractuales a estos efectos se incrementó el número de empresas obligadas, que había resultado muy mermado como consecuencia del auge de la contratación temporal iniciado en el año 1984<sup>1047</sup>, y por otra parte porque hizo desaparecer una expresión deficiente, desde el punto de vista técnico, ya que el TRLET no define la condición de trabajador “fijo”, limitándose a diferenciar, desde el punto de vista de la duración del contrato de trabajo, entre aquellos trabajadores que no la tienen definida y aquellos que la conocen *ab initio*<sup>1048</sup>. Parece que pudiera darse una identificación entre el primero de estos casos y la condición de trabajador “fijo”, pero esa identidad no se deduce de la norma, e incluso, en algunos casos, la propia norma establece diferencias entre trabajadores con contrato de duración indefinida y trabajadores fijos<sup>1049</sup>.

Sin perjuicio del análisis que se realizará más adelante sobre las tipologías contractuales en relación con la determinación y cuantificación de la obligación de reserva, lo cierto es que parece que para determinar si una empresa está o no obligada a cumplir dicha obligación deberán ser computados todos sus trabajadores, sean cuales fueren los tipos de contratos, indefinidos o temporales, a jornada completa o a tiempo parcial, que aquéllos tuvieran<sup>1050</sup>, siempre que se

---

<sup>1047</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., págs. 154 a 155.

<sup>1048</sup> Es masivamente aceptada, en este sentido, la distinción entre contratos indefinidos y contratos temporales.

<sup>1049</sup> Sirva como ejemplo el EBEP, cuyo artículo 8.2c), al referirse al personal laboral de las Administraciones Públicas, dice que éste puede ser “fijo, por tiempo indefinido o temporal”. El artículo 11 de la misma norma refuerza esta distinción, al señalar que, en función de la duración del contrato de trabajo, éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

<sup>1050</sup> NUÑEZ GONZÁLEZ, C.: «La nueva configuración de la reserva de empleo para personas con discapacidad», *Actualidad Laboral*, nº 1, 1999, pág. 240.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

hallen vigentes<sup>1051</sup>. A este respecto, resulta especialmente relevante el procedimiento a seguir para el cálculo exacto de la plantilla de la empresa, muy especialmente en aquellos casos en los que ésta fluctúa en valores muy próximos a los 50 trabajadores, de manera que puede hallarse por encima o por debajo de esa cifra en periodos de tiempo muy poco distanciados entre sí. La duda se plantea a partir del contenido de la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril<sup>1052</sup>, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, que lleva por título “Cuantificación de la obligación de reserva”, y que establece unas reglas precisas “a los efectos del cómputo del dos por ciento de trabajadores con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores”<sup>1053</sup>. Así pues, parece que tales reglas tengan como finalidad cuantificar la obligación, pero no determinar cuándo una empresa está afectada por la misma o no, de modo que podría concluirse que las empresas estarán obligadas a cumplir la reserva del 2 por 100 cuando tengan efectivamente 50 o más trabajadores contratados. Así, en los casos, ya descritos, en los que la plantilla de una empresa pueda fluctuar frecuentemente por encima y por debajo de esa cifra de trabajadores, en periodos muy breves de tiempo la empresa podría estar afectada por la obligación de reserva y dejar de estarlo en múltiples ocasiones dentro de un lapso de tiempo relativamente corto.

No parece que tal situación se compadezca con la finalidad de la medida afirmativa, a pesar de que nada obsta a que una empresa que deja de estar obligada a cubrir la cuota de reserva de empleo pueda seguir cumpliéndola, máxime si consideramos que existe, como hemos visto, una notable batería de medidas de acción positiva indirecta o promocional que pueden favorecer esa decisión empresarial. No obstante, quizá conviniera establecer de manera precisa

---

<sup>1051</sup> Lo que incluiría en ese cómputo a los trabajadores que tuvieran suspendido su contrato de trabajo por alguna de las causas comprendidas en el artículo 45 del TRLET.

<sup>1052</sup> Idéntica en contenido a la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, al que deroga este Real Decreto 364/2005.

<sup>1053</sup> En realidad, tales reglas coinciden con las establecidas en el artículo 72.2 del TRLET para determinar el número de representantes unitarios de los trabajadores en la empresa. Este precepto tiene su desarrollo reglamentario en el artículo 9.4 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la Empresa.

un procedimiento de cálculo de las plantillas de las empresas, a efectos de determinar si están o no obligadas a cumplir la obligación establecida en el artículo 42.1 del TRLGD, que resultara más estable en el tiempo y menos incierta. También en el apartado de propuestas será tratada esta cuestión.

#### **5.4.2 Trabajadores con discapacidad beneficiarios de la obligación de reserva**

Ya tuvimos ocasión de señalar en el capítulo 2 las dificultades que ha venido presentando el establecimiento de un concepto de discapacidad uniforme en nuestro Derecho. Comentaremos nuevamente, de modo sucinto y en relación con la cuestión de la reserva de empleo, cómo la imprecisa delimitación de ese concepto ha afectado al cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha reserva. Por otra parte, hay que tener en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre, como hemos visto, en otros países, el artículo 42.1 del TRLGD refiere la obligación de reserva en exclusiva a los trabajadores con discapacidad, de modo que, aun considerando los perniciosos efectos de la imprecisión conceptual ya señalados, lo cierto es que no cabrá incluir a trabajadores pertenecientes a otros colectivos, más o menos próximos al de las personas con discapacidad, pero que carezcan de tal condición desde el punto de vista legal.

Así pues, las empresas afectadas por la obligación de reserva del 2 por 100 deberán cumplirla mediante la contratación de un número suficiente de trabajadores con discapacidad para alcanzar tal cupo. En un principio, el artículo 4 del Real Decreto 1451/1983 requería que tales contrataciones se realizaran con trabajadores con discapacidad “inscritos como tales en el correspondiente registro de trabajadores *minusválidos* de la Oficina de Empleo”, pero tal exigencia ha desaparecido tras la modificación operada en este precepto por el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, hoy derogado y al que tendremos ocasión de referirnos más adelante.

En principio, no han ofrecido dudas, respecto de su validez a efectos del cómputo para el cupo de reserva, las contrataciones celebradas con trabajadores que tienen reconocida la condición de persona con discapacidad en un grado igual o superior al 33 por 100 por parte del organismo, estatal o autonómico, legalmente

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

competente. Sin embargo, se han venido planteando dudas respecto de quienes tienen certificados de discapacidad con grados inferiores al descrito y en los casos de personas que, sin tener certificado alguno, son beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente.

### **A) El problema de la ausencia de graduación mínima en la LISMI y la nueva configuración en el TRLGD**

En primer lugar, se ha planteado la cuestión del grado mínimo de discapacidad que debe tener un trabajador para entender que computa para la cuota de reserva de empleo en una empresa obligada por el artículo 42.1 del TRLGD, respecto de la situación anterior regulada en el artículo 38.1 de la LISMI. Tal como hemos visto en el Capítulo II, el artículo 7 de la LISMI evitó toda referencia al grado mínimo que determinara la condición legal de persona con discapacidad, si bien es cierto que el artículo 10.1.c de la misma norma parecía requerir la necesidad de ese grado mínimo de discapacidad, ya que al regular los equipos multiprofesionales de valoración, se decía que una de sus funciones sería “la valoración y calificación de la presunta discapacidad, determinando el tipo y grado de disminución”, y todo ello en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación.

De hecho, la normativa reguladora de la cuota de reserva de empleo a la que la LISMI sucede, ya contenía una definición de persona con discapacidad vinculada a un porcentaje mínimo, ya que el artículo 1 del Decreto 2531/1970 decía que computarían, a estos efectos, las personas comprendidas en edad laboral que estuvieran afectadas por una disminución de su capacidad física o psíquica en el grado determinado reglamentariamente, “sin que en ningún caso pueda ser inferior al treinta y tres por ciento”. En ausencia, en aquellos momentos, de una norma de rango superior que regulara esta materia, no cabía la posibilidad de incurrir en *ultra vires*.

No resultaba tan sencillo, como vimos en el capítulo 2, decir lo mismo de la situación generada a partir de la publicación de la LISMI, puesto que la ausencia de graduación mínima en esta norma, unida a la imposibilidad de los órganos



calificadores para determinar en qué casos se presentaba una discapacidad relevante desde el punto de vista jurídico y cuáles no era así, presentaba una situación de extrema incertidumbre, que en la práctica administrativa se había venido resolviendo sin una argumentación consistente a favor de exigir al menos el 33 por 100 de grado de discapacidad<sup>1054</sup>. El recurso a que existía en toda la normativa reguladora de la discapacidad un umbral homogéneo de graduación, situado en el 33 por 100, no hacía desaparecer el problema de la indefinición de la norma aplicable, que en este caso era la LISMI. Por otra parte, y si bien es cierto que tal umbral era estable y se reiteraba en muchas normas, tanto de rango legal como reglamentario, no es menos cierto que ninguna de ellas hacía referencia directa a la obligación de reserva de empleo para personas con discapacidad<sup>1055</sup>, ya que ni el derogado Real Decreto 27/2000 ni el vigente Real Decreto 364/2005 contienen referencia alguna al grado de discapacidad mínimo a estos efectos. En todo caso, quizá no lo hacían precisamente para no incurrir en el referido *ultra vires*.

Sea como fuere, urgía una solución a esta cuestión que eliminara las incertidumbres y la dotara de seguridad jurídica, y esa solución requería cambios normativos que han tenido su plasmación en el vigente TRLGD, cuyo artículo 4 establece que son personas con discapacidad “aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Pero ahora, al concepto genérico se añade una presunción *iuris et de iure* que resuelve el antiguo problema de ausencia de límite porcentual: se dice

---

<sup>1054</sup> Impulsada esta práctica, muy probablemente, para evitar que cualquier persona con cualquier grado de discapacidad –es decir, la totalidad de la población, en definitiva- pudiera permitir el cumplimiento de la cuota de reserva, lo que supondría desnaturalizarla y hacer que perdiera su valor como medida de acción positiva para la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidades que provocan realmente desventajas en relación con el empleo.

<sup>1055</sup> No se puede entender resuelto el problema con la aprobación de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, cuya Disposición Adicional Sexta estableció el porcentaje mínimo del 33 por 100 “para generar el derecho a los beneficios establecidos en las medidas de fomento del empleo en favor de los *minusválidos*, así como para que el minusválido pueda ser contratado en prácticas o para la formación con aplicación de las peculiaridades previstas para este colectivo”. La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, dio nueva redacción a esta Disposición, matizando que las medidas de fomento del empleo se referían únicamente al “mercado ordinario de trabajo”. En ningún caso, por tanto, se puede considerar que este precepto pueda tener referencia con la obligación de reserva que entonces establecía el artículo 38.1 de la LISMI.

que “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”. Así pues, la refundición llevada a cabo por el TRLGD ha permitido superar los problemas de indefinición que planteaba la LISMI, al acoger “a todos los efectos” el concepto de discapacidad de la LIONDAU.

### **B) El problema de la asimilación entre discapacidad e incapacidad permanente**

Como ya tuvimos ocasión de comprobar, la LIONDAU contenía una definición propia de discapacidad, limitada a su ámbito de aplicación tal como se determinaba en su artículo 1.2 al utilizar la expresión “a los efectos de esta ley”. Con tal limitación aplicativa, la LIONDAU, establecía que tendrían la consideración de personas con discapacidad “aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100” y, en todo caso, se consideraban afectados por una discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tuvieran reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. No era el único caso en que una norma utilizaba el mecanismo de la asimilación a la incapacidad permanente para definir determinadas situaciones de discapacidad<sup>1056</sup>, pero sería la ocasión para que la controversia sobre el alcance de tal asimilación, y las contradicciones internas de la normativa, se manifestaran de una manera más evidente.

Sobre la posibilidad de trasladar a la obligación de reserva del artículo 38.1 de la LISMI la asimilación que contenía en el artículo 1.2 de la LIONDAU, se planteó que el carácter transversal de las políticas en materia de discapacidad a que hace referencia el artículo 3 de la propia Ley 51/2003 permitiría concluir que esta norma era aplicable al cómputo de los trabajadores a considerar en relación con el cumplimiento de la obligación de reserva que regulaba la LISMI, así como en

---

<sup>1056</sup> Ya hemos visto cómo en el ámbito fiscal y en el del fomento del empleo, por ejemplo, tal asimilación se ha manifestado reiteradamente.

relación con la efectividad misma de la obligación, dado el carácter supletorio que expresamente se establecía en el mencionado artículo 3, al señalar en su último párrafo que “la garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, en el ámbito del empleo y la ocupación, se regirá por lo establecido en esta Ley, que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación”. No obstante, tal posibilidad parecía carecer de fundamento si tenemos en cuenta que la supletoriedad que invocaba el precepto requeriría ausencia de norma aplicable, y no era este el caso, puesto que la obligación de reserva estaba establecida en la LISMI. Por otra parte, la fórmula restrictiva utilizada en el artículo 1.2 de la LIONDAU parecía apuntar también hacia esta línea de rechazo de su eventual expansión a otros ámbitos.

Ante el cada vez más común recurso del legislador a definir en ámbitos concretos conceptos de discapacidad en los que se daba entrada a la posibilidad de asimilar situaciones de incapacidad permanente, fue la acción de los Tribunales la que permitió delimitar el alcance que en cada caso tenía esa posibilidad. Como ya hemos visto, la línea uniformadora que iniciara la Sentencia del TSJ de Cantabria de 6 de febrero de 2006 no se vio respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que entendió que el contenido del artículo 1.2 de la LIONDAU tenía plena eficacia en su propio ámbito de aplicación, pero no permitía otorgar por esa vía la condición de persona con discapacidad fuera del mismo, ya que la norma no utilizaba la expresión “en todo caso”, sino “a los efectos de esta ley”<sup>1057</sup>.

Por tanto, y a la vista del contenido de la jurisprudencia que hemos analizado, no existiendo asimilación en el artículo 38.1 de la LISMI, una persona que tuviera reconocida una pensión de incapacidad permanente, en el grado que fuera, si no tenía reconocida la condición de persona con discapacidad por el organismo competente para ello, no podía computar para el cupo de reserva en la empresa en la que prestaba servicios durante el tiempo en que la LISMI estuvo vigente<sup>1058</sup>.

---

<sup>1057</sup> Vid 2.4.3.B).

<sup>1058</sup> Hasta 3 de diciembre de 2013, puesto que el TRLGD, que la derogó, entró en vigor el día 4 de diciembre de ese mismo año.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Hay que señalar, además, que a las dificultades que esta compleja cuestión generaba por sí misma había que añadir las derivadas de una práctica administrativa poco homogénea, en ocasiones más voluntarista que técnica. Así, por ejemplo, la Dirección General de Empleo llegó a admitir que los trabajadores que hubieran obtenido una declaración de incapacidad permanente y se reincorporaran a la empresa por las vías establecidas en los artículos 1 y 2.2 del Real Decreto 1451/1983, podían ser incluidos en el cómputo de cumplimiento de la cuota de reserva<sup>1059</sup>. En otras ocasiones, la generosidad interpretativa era aún mayor, y amparada en el ya comentado efecto supletorio que la LIONDAU pudiera tener en esta materia, se concluía que las personas con reconocimiento de pensiones de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez podían computar a efectos del cumplimiento de la obligación de reserva, sin exigirse para ellos la necesidad de tener reconocida una discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100 acreditada mediante el correspondiente certificado<sup>1060</sup>. En la mayoría de los casos, la práctica administrativa ha venido exigiendo una certificación de la discapacidad para determinar el grado de cumplimiento de la cuota de reserva y, en todo caso, desde la consolidación del criterio jurisprudencial expuesto anteriormente, no parecía que cupiera mucho margen al respecto.

Esta situación ambigua, y ciertamente inadecuada desde el punto de vista técnico, se ha superado tras la entrada en vigor del TRLGD. En su artículo 4, como hemos señalado, se dice que 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. No aparece, en este caso, la

---

<sup>1059</sup> Criterio citado por SÁNCHEZ CERVERA- SERNA, J. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.: *Los trabajadores discapacitados*, op. cit., pág. 76.

<sup>1060</sup> En este sentido se pronunció, por ejemplo, la Dirección General de Trabajo en contestación a una consulta de fecha 8 de octubre de 2012. Curiosamente, a diferencia de lo que ocurría con la Dirección General de Empleo, este criterio se produjo tras la fijación jurisprudencia del criterio contrario.

expresión “a todos los efectos”, que sí se emplea para determinar que tienen la condición de personas con discapacidad quienes hayan obtenido el reconocimiento de un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, pero lo cierto es que la asimilación, en este caso, se halla en la misma norma que establece la obligación de reserva que, como hemos visto, es el artículo 42.1 del propio TRLGD. Por tanto, parece resuelta la cuestión, si bien al haber utilizado la técnica legislativa del texto refundido todavía pudieran plantearse reticencias sobre esta extensión de la asimilación desde un ámbito que la contenía –la LIONDAU- hacia otros que carecían de ella, en el sentido de que quizá se haya ido más allá de los límites de la armonización que caracterizan a la delegación legislativa.

### **C) Los trabajadores con discapacidad sobrevenida y los trabajadores contratados con anterioridad a la asunción de la obligación de reserva**

Se ha venido planteando tradicionalmente el tratamiento que deba darse, en términos de valoración a efectos del cumplimiento de la cuota de reserva, a los trabajadores que ya pertenecían a la empresa antes de tener una discapacidad, o bien antes de que la propia empresa fuera sujeto de la obligación de reserva. En todos los casos se plantea, adicionalmente, la cuestión que hemos presentado anteriormente, es decir, si además de computar para el cupo de reserva, la obtención de una pensión de incapacidad permanente puede ser suficiente para acreditar la discapacidad y, de este modo, habilitar el cómputo de esos trabajadores en el cupo reservado.

Resuelta, con todos los matices indicados, esta última cuestión en el apartado anterior, procede ahora analizar si es posible que un trabajador al que sobreviene una discapacidad puede computar, ya sea como consecuencia de la aplicación de lo previsto en los artículos 1 y 2.2 del Real Decreto 1451/1983 o bien por imposición convencional o decisión empresarial incondicionada, para la cuota de reserva en esa empresa. Del tenor literal del artículo 42.1 del TRLGD, y del redactado del artículo 4 del Real Decreto 1451/1983, parece deducirse que no se impone a las empresas una obligación de contratación, sino de empleo. En este sentido, el mencionado artículo 42.1 dice que las empresas públicas y privadas

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

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”, y no se hace referencia a la contratación de tales trabajadores<sup>1061</sup>. En el mismo sentido se define el artículo 4 del Real Decreto 1451/1983, que establece que tales empresas vendrán obligadas a que de entre sus trabajadores “al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad”. No obstante, hay que señalar que el anterior redactado de este precepto podía inducir a confusión en esta cuestión, puesto que exigía que esos trabajadores con discapacidad a emplear se encontrasen “inscritos como tales en el correspondiente registro de trabajadores *minusválidos* de la Oficina de Empleo”. Sea como fuere, lo cierto es que el criterio administrativo no exigió en ningún momento este requisito<sup>1062</sup>, por lo que incluso durante la vigencia de este redactado la obligación venía referida de hecho al empleo y no a la contratación.

Por tanto, parece en este caso que la cuestión es pacífica en el sentido de entender que la cuota de reserva incluiría también a trabajadores que, antes de tener la consideración legal de personas con discapacidad, ya pertenecían a la empresa, a pesar de que existen voces discrepantes sobre la conveniencia de mantener esta situación<sup>1063</sup>. En todo caso, lo cierto es que la acción positiva directa presenta una cara más enérgica cuando el resultado es la contratación de trabajadores con discapacidad que carecían de empleo, pero no es menos cierto que el mantenimiento del empleo es también un objetivo plausible desde el punto de vista de la acción afirmativa<sup>1064</sup>, máxime si tenemos en cuenta que la presencia de medidas positivas indirectas que se concretan en la incentivación económica de la contratación de personas con discapacidad resultan en estos casos, como ya hemos visto, muy tenue.

---

<sup>1061</sup> LAHERA FORTEZA, J.: «Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados», en VALDÉS DAL-RE, F. (Director) y LAHERA FORTEZA, J. (Coordinador): *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 104.

<sup>1062</sup> NUÑEZ GONZÁLEZ, C.: «La nueva configuración de la reserva de empleo...», op. cit., pág. 244.

<sup>1063</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat...», op. cit., pág. 7.

<sup>1064</sup> Sin duda, se evitarán extinciones contractuales por la vía del artículo 49.1.e) del TRLET.

También cabe también la posibilidad de que una empresa en cuya plantilla existen trabajadores con discapacidad, pero que no está afectada por la obligación de reserva por no alcanzar el umbral de los 50 trabajadores, llegue a esa cifra en un momento dado. Con idéntica argumentación a la anterior, también en este caso parece que la conclusión no puede ser otra que la de admitir que esos trabajadores computen para la cuota de reserva. No es fácil en estos supuestos apreciar el efecto directo de la medida afirmativa, pero tampoco aquí es desdeñable el efecto indirecto de fortalecer la estabilidad en el empleo de estos trabajadores, puesto que cuando la empresa no estaba obligada al cupo de reserva su presencia en la plantilla no garantizaba el cumplimiento de la obligación, mientras que una vez la empresa es sujeto de la misma el mantenimiento del empleo de esos trabajadores resulta notablemente reforzado por constituirse en condición del cumplimiento de la obligación de reserva por parte de la empresa, con la consecuente evitación de sanciones.

Sobre esta última premisa, y en contra de la opinión de otros autores<sup>1065</sup>, sí parece conveniente, además de ajustado a la norma vigente, que los trabajadores con discapacidad sobrevenida, o los que ya pertenecían a la empresa antes de que ésta asumiera la obligación de reserva, computen en todo caso para esta cuota. Hay que reconocer, sin embargo, que en aquellos casos en los que la reincorporación del trabajador con incapacidad permanente es obligada para el empresario, confluirían dos acciones positivas en un idéntico objetivo; ello no obstante, y atendiendo a las complejas y adversas circunstancias que afectan al empleo de las personas con discapacidad, la acumulación de esfuerzos de acción positiva puede resultar beneficiosa para el objetivo del mantenimiento del empleo. Si se quiere reforzar la cuota de reserva sobre esa base, quizá lo más conveniente sería ampliarla, en lugar de poner trabas a la hora de determinar los trabajadores que computan en ese cupo.

Para finalizar, hay que señalar que no existe en la norma requisito alguno sobre las modalidades contractuales que deban tener los trabajadores con discapacidad que computan para la cuota de reserva, de modo que todas ellas serán válidas a

---

<sup>1065</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat...», op. cit., pág. 7.

estos efectos, incluidas aquellas que carecen de especificidad relativa a la discapacidad. En estos casos, no obstante, la acción positiva se limitará a la derivada de la obligación de reserva, pero carecerá del soporte adicional de los incentivos económicos que la Ley 43/2006, y otras normas<sup>1066</sup>, prevén para la contratación de trabajadores con discapacidad.

#### **5.4.3 Determinación y cuantificación de la obligación**

Una vez analizado el complejo asunto de la delimitación subjetiva de las empresas obligadas por la cuota de reserva de empleo de personas con discapacidad, y del no menos importante de determinar qué trabajadores tienen tal condición a estos efectos, corresponde ahora precisar distintos aspectos relacionados con la concreción de la obligación.

##### **A) Determinación de la plantilla de la empresa obligada**

Siendo la cuota de reserva una operación matemática simple, resultado de aplicar un porcentaje, en este caso el 2 por 100, a un valor numérico que viene determinado por la plantilla de la empresa, resulta en primer lugar imprescindible establecer cuál sea ésta en cada momento. En este sentido, como ya hemos visto, la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 364/2005 establece que, a estos efectos, el período de referencia para dicho cálculo serán los doce meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de centros de trabajo de la empresa. Así pues, se trata de una cifra que puede variar considerablemente a lo largo del tiempo, de modo que incluso cada día puede resultar un valor diferente al del día anterior, lo que, a los efectos de cumplimiento de la obligación de reserva, parece recomendar estrategias empresariales que tengan en cuenta este factor de variabilidad, en el sentido de valorar la evolución de la plantilla de la empresa a la hora de realizar previsiones sobre el mínimo de trabajadores con discapacidad a contratar<sup>1067</sup>.

---

<sup>1066</sup> *Vid supra* Capítulo 4.

<sup>1067</sup> Hay que señalar, no obstante, que la obligación varía en tramos de 50 trabajadores de plantilla, lo que permite atenuar ese efecto de variabilidad en la cuantificación del número de



Para cuantificar la plantilla de una empresa en un momento dado, por tanto, ésta deberá obtener el promedio de trabajadores en los últimos doce meses<sup>1068</sup>. A estos efectos, deberá realizarse un cómputo diferenciado entre dos grupos:

- Los trabajadores con contratos de duración indefinida y los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un año. En este caso, la norma se limita a señalar que se habrá de obtener un promedio de estos trabajadores en los doce meses anteriores. Parece, por tanto, razonable pensar que tal promedio se realizará dividiendo el total de días en los que estos trabajadores han mantenido relación laboral con la empresa entre 365.
- Los trabajadores contratados por término de hasta un año<sup>1069</sup>. En este caso, la norma precisa que se computarán según el número de días trabajados en el período de referencia, de manera que cada 200 días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más. Así pues, en este segundo grupo se sumarán la totalidad de días que estos trabajadores han mantenido relación laboral con la empresa en los últimos doce meses y el resultado de esa suma se dividirá entre 200.

La plantilla de la empresa, a efectos de determinación de la obligación de reserva que estamos analizando, será el equivalente a la suma de los resultados de las dos divisiones anteriores, si bien cuando el cociente que resulte de dividir por 200

---

trabajadores con discapacidad a contratar. Sin embargo, en aquellas empresas en las que se producen incrementos de plantilla apreciable, convendrá prever un paulatino incremento de los promedios de plantilla a los efectos de la obligación de reserva, y planificar debidamente las contrataciones de trabajadores con discapacidad sobre la premisa de que la cuota de reserva se irá incrementando a medida que transcurra el tiempo y en el cómputo de los doce meses anteriores ocupen cada vez un espacio más amplio los periodos en los que la empresa ha realizado nuevas contrataciones. Por el contrario, en empresas que destruyen empleo, el impacto en el promedio de plantilla no es inmediato pero se irá apreciando paulatinamente con el paso del tiempo. En este último caso, parece razonable establecer una estrategia conservadora respecto del número mínimo de trabajadores con discapacidad a contratar, mientras que en el caso de aumento de plantilla lo más recomendable es una cierta generosidad en la determinación de esa cifra.

<sup>1068</sup> La norma no precisa si serán los doce meses naturales anteriores o si deberá contarse de fecha a fecha en cada momento. En el apartado de propuestas de este mismo capítulo se realizarán algunas consideraciones a este respecto.

<sup>1069</sup> El cómputo vendrá referido, en este caso, a la tipología contractual que en cada caso se dé. Interesante asunto, en relación con esto, el del fraude de ley en la contratación de duración determinada, que condiciona de manera evidente la cuantificación de la plantilla de una empresa y, consecuentemente, la determinación de su obligación de reserva.

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

el número de días trabajados de los trabajadores con contratos temporales de duración inferior a un año sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores. Precisa, por último, el precepto que, a los efectos del referido cómputo de los 200 días trabajados, se contabilizarán tanto los días de trabajo efectivo como los de descanso semanal, los festivos y las vacaciones anuales.

Sobre la cuestión de los trabajadores a tiempo parcial, la norma se limita a decir que computan a efectos de cuantificar la plantilla de la empresa obligada, pero sin precisar el modo en que deben hacerlo. En este sentido, no existiendo distinción alguna en la norma, cabe concluir que deben computar del mismo modo que lo hacen los trabajadores a jornada completa, dependiendo únicamente de la duración de sus contratos y sin que una menor jornada de trabajo deba suponer un menor impacto en la determinación de la plantilla a estos efectos. En justa consonancia con esta interpretación, como veremos, tampoco el cumplimiento de la cuota de reserva se verá condicionado por las jornadas de los trabajadores con discapacidad contratados por las empresas obligadas.

Otra cuestión relacionada con el cálculo del promedio de trabajadores a efectos de determinar la plantilla de la empresa es la relacionada con las empresas de nueva creación y con aquellas que alcanzan, en un momento dado, el número mínimo de trabajadores para resultar obligadas al cumplimiento del cupo. En el primer caso, si una empresa se constituye con un número igual o superior a 50 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 el cupo de reserva desde el inicio mismo de su actividad empresarial. A estos efectos, y aunque no se diga expresamente en la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 364/2005, el periodo de referencia de los 12 meses anteriores para determinar el promedio de la plantilla de la empresa, en los casos en que ésta tiene menos de un año de existencia, deberá venir referido al tiempo, dentro de esos 12 meses, en el que la empresa ha existido como tal.

Por otra parte, cuando una empresa que tiene menos de 50 trabajadores alcanza o supera esa cifra en un momento determinado, será en ese mismo tiempo en el que resultará obligada al cumplimiento de la obligación de reserva. Podría, en este caso, darse una circunstancia curiosa y de difícil resolución, cual es que, estando obligada a cubrir la cuota de reserva por tratarse de una empresa de 50 o más trabajadores, a la hora de obtener el promedio de plantilla en el periodo de referencia de los 12 meses anteriores la cifra resultante fuera inferior a 50, de modo que el número entero que resultaría sería cero. Esta aparente contradicción viene dada por la deficiente regulación del Real Decreto 364/2005 en esta materia, ya que su Disposición Adicional Primera regula el procedimiento de “cuantificación” de la obligación de reserva<sup>1070</sup>, cuando en realidad tal mecanismo de determinación de la plantilla promedio debiera ser utilizado también para establecer el ámbito subjetivo de las empresas obligadas. Dicho de otro modo, una empresa resultaría obligada no cuando alcanza la cifra de 50 trabajadores, sino cuando el promedio de su plantilla en los doce meses anteriores fuera ése o superior<sup>1071</sup>.

Finalmente, también puede ocurrir que una empresa entre en el ámbito subjetivo de la obligación por tener 50 o más trabajadores, pero como consecuencia de la tipología contractual de la misma no resulte jamás obligada a contratar trabajadores con discapacidad. Esto sucede cuando se presentan altas tasas de temporalidad, de modo que nominalmente una empresa tiene el número mínimo de trabajadores que obliga a reservar empleo, pero su promedio en los últimos 12 meses, determinado de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 364/2005, puede dar como resultado siempre una obligación de contratación inferior a un trabajador. Nuevamente, las deficiencias técnicas del Real Decreto 364/2005 se muestran de manera evidente en relación con estas cuestiones, sobre las que se tratará más adelante en el apartado dedicado a conclusiones y propuestas.

---

<sup>1070</sup> La propia Disposición Adicional señala que el procedimiento que regula es “a efectos del cómputo del dos por ciento de trabajadores con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores”.

<sup>1071</sup> Tal solución resolvería la contradicción señalada, pero debilitaría la medida de acción positiva, ya que dilataría en el tiempo el momento del nacimiento de la obligación y, en definitiva, evitaría que algunas empresas resultaran obligadas a reservar empleo para trabajadores con discapacidad.

## **B) Determinación del número de trabajadores con discapacidad que requiere la cuota de reserva**

Una vez se ha determinado la plantilla de la empresa, se procederá a aplicar a esa cifra el porcentaje del 2 por 100, quedando de este modo fijada la cuota de reserva en cada momento. En este punto, presenta dificultades la determinación precisa de esa cuota de reserva cuando el resultado de la operación anterior, como sucederá habitualmente, no arroja un número entero. La respuesta a esta cuestión parece que deba ser, en ausencia de previsión normativa al respecto, la de determinar la cuota de reserva por aplicación del número entero resultante, con independencia de los decimales que arroje de la operación de aplicar el 2 por 100 a la plantilla de la empresa.

Esta opinión no es, sin embargo, unánime, ya que en algunos casos se ha concluido que el redondeo de los decimales debiera hacerse en todo caso al alza para favorecer la eficacia de la medida de acción positiva, amparándose en que la norma que establece la reserva utiliza la expresión “al menos” para la cuantificación de la obligación<sup>1072</sup>. Otros autores, y algunos criterios administrativos, han señalado como vía más acertada para resolver esta cuestión la de redondear al número entero más próximo en función de los decimales resultantes, optando por el redondeo al alza cuando éstos equidisten de dos números<sup>1073</sup>. De acuerdo con la primera de estas interpretaciones, una empresa con 120 trabajadores y una empresa con 140 trabajadores de promedio de plantilla tendrían una cuota de reserva de al menos 3 trabajadores, mientras que siguiendo la segunda vía interpretativa, la primera empresa tendría una cuota de reserva de 2 y la segunda de 3 trabajadores. Como ya se ha señalado, no

---

<sup>1072</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad...», op. cit., págs. 81 a 82.

<sup>1073</sup> La Generalitat de Catalunya ha venido sosteniendo este criterio, tal como puede comprobarse en su página web, a través del siguiente enlace: <http://www20.gencat.cat/docs/treball/08%20-%20Igualtat%20oportunitats/02%20-%20POLITIQUES%20LABORALS%20PER%20A%20LA%20DIVERSITAT/3.%20EMPRESSES%20I%20INSERCIO%20LABORAL/3.3.%20Empreses%20inclusives/3.3.1.1.%20Subvencions%20per%20la%20contractacio%20de%20persones%20amb%20discapacitat/Quota.reserva.pdf>. Consultado en marzo de 2014. En el documento se incluye una tabla con la plantilla de la empresa y el número mínimo de trabajadores con discapacidad a contratar; en dicha tabla, se expresa que una empresa con una plantilla de 50 trabajadores debe contar con un trabajador con discapacidad y que una empresa con una plantilla de 75 trabajadores debe tener dos de estos trabajadores.

obstante, parece que la interpretación más ajustada al tenor literal de la norma, aunque con seguridad la menos favorecedora de la eficacia de la medida de reserva, es la de entender que el número de trabajadores con discapacidad que constituye en cada caso la cuota de reserva exigible a una empresa debe ser el entero resultante de aplicar el 2 por 100 a la plantilla de la empresa en cada momento<sup>1074</sup>.

Sea como fuere, el artículo 5 del Real Decreto 1451/1983 establece que, dentro del primer trimestre de cada año, con conocimiento de los representantes del personal, las empresas que empleen un número de trabajadores<sup>1075</sup> que exceda de 50, deberán enviar a la Oficina de Empleo del Instituto Nacional de Empleo (INEM)<sup>1076</sup> de la provincia en que tengan su sede social, así como a las de las provincias donde tengan centros de trabajo, relación detallada de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores con discapacidad y de aquellos que por sus características queden reservados a los mismos. Esta obligación, de contenido meramente formal, se enfrenta, respecto de su exigibilidad, con las dificultades derivadas de que no se halla tipificada en el TRLISOS y, consecuentemente, no puede ser objeto de sanción administrativa como consecuencia de la actuación inspectora<sup>1077</sup>. No obstante, podría vehicularse a través del artículo 14.1 del propio TRLISOS, que tipifica como infracción de los empresarios, en materia de empleo, no comunicar a la oficina de empleo las contrataciones realizadas en los supuestos en que estuviere establecida esa obligación. En todo caso, y aun por esta vía genérica, lo cierto es que existen problemas de tipificación que pueden desaconsejar la acción sancionadora administrativa en estos supuestos, a la espera de que el legislador decida incorporar a la norma el tipo específico, o bien

---

<sup>1074</sup> De acuerdo con este criterio, una empresa con 120 trabajadores y una empresa con 140 trabajadores de plantilla deben tener, al menos, 2 trabajadores con discapacidad contratados. Ni que decir tiene que una estrategia restrictiva en este ámbito sitúa a la segunda en una posición de mayor incertidumbre que a la primera, ya que un leve crecimiento de su plantilla haría que la cuota de reserva se incrementara, pudiendo quedar en situación de incumplimiento si ha decidido ajustarse al mínimo de contrataciones exigido y no contratar un tercer trabajador con discapacidad.

<sup>1075</sup> La norma reglamentaria precisaba que esos trabajadores deberían ser "fijos". El TRLGD, como hemos visto, ya no valora esta condición a la hora de determinar la plantilla de las empresas obligadas y, en todo caso, también veremos que la falta de tipificación convierte esta obligación formal, en la práctica, en un requisito ampliamente incumplido.

<sup>1076</sup> Hoy del Servicio Público de Empleo.

<sup>1077</sup> STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 9 de diciembre de 1999 (RJCA 1999\4917).

elimine de la norma sustantiva la obligación de comunicación anual que hoy mantiene el Real Decreto 1451/1983.

### **C) Vicisitudes de la cuota de reserva como obligación de tracto sucesivo**

Tratándose de una obligación de tracto sucesivo, el cumplimiento de la cuota de reserva exige que las empresas obligadas deban cubrir el número mínimo establecido para trabajadores con discapacidad en todo momento. No obstante, la propia dinámica de la actividad empresarial puede provocar en no pocas ocasiones variaciones en ciertos parámetros que pueden acabar afectando sustancialmente a la obligación de reserva.

Así, como ya hemos visto, puede ocurrir que una empresa no obligada lo resulte a partir de un determinado momento si alcanza el número mínimo de 50 trabajadores. En estos casos se plantea el problema, ya comentado, de las diferencias que la norma establece entre la determinación del ámbito subjetivo y la cuantificación de la obligación de reserva, resultando que aun cuando una empresa devenga sujeto de tal obligación por alcanzar el número de trabajadores establecido en la norma, a la hora de cuantificarla se obtenga un número inferior a uno y, por tanto, en la práctica no tendrá cuota de reserva hasta que el promedio de sus trabajadores en los 12 últimos meses alcance el número mínimo de 50. Incluso podría ocurrir que una empresa alcanzara en un momento determinado esa cifra de trabajadores pero que nunca refleje un promedio igual o superior a la misma<sup>1078</sup>. Paradójicamente, también podría ocurrir que una empresa obtuviera un promedio de plantilla, de acuerdo con las reglas establecidas en la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 364/2005, superior a 50 trabajadores en un momento en el que su plantilla real es inferior a esa cifra y no resulta, por tanto, sujeto de la obligación de reserva.

---

<sup>1078</sup> En empresas con grandes fluctuaciones de plantilla por debajo y por encima del umbral de 50 trabajadores, puede ocurrir que en el periodo de referencia siempre se compensen los excesos sobre esa cifra con los defectos de modo que el promedio sea en todo momento inferior a 50 trabajadores. Lo mismo puede suceder, como ya vimos, en empresas con altas tasas de temporalidad. En este último supuesto, resulta especialmente desafortunado “premiar” a estas empresas con una elusión de la obligación de contratar trabajadores con discapacidad.

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

Lo cierto es que ni el TRLGD ni el Real Decreto 364/2005 contienen previsiones de ningún tipo en relación con estas cuestiones, a pesar de que otras normas relacionadas con la contratación bonificada de trabajadores con discapacidad no son ajenas a la posibilidad de establecer plazos para la acreditación del cumplimiento de la obligación<sup>1079</sup>. Por otra parte, en derecho comparado –Francia e Italia son dos ejemplos significativos- es frecuente el establecimiento de plazos para la acreditación del cumplimiento de las cuotas de reserva a partir del momento en que éstas nacen en una determinada empresa, aunque también son frecuentes las críticas a este sistema de plazos por entender que limita la efectividad de la medida y separa la contratación de trabajadores con discapacidad, en los supuestos de creación de empresa con obligación de reserva, de la del resto de trabajadores<sup>1080</sup>.

Como ya se ha dicho, la normativa española no prevé estas circunstancias y, por tanto, debemos entender con carácter general que la obligación de reserva debe materializarse a partir del momento en que la empresa entra en el ámbito subjetivo de la misma. No obstante, en la práctica administrativa se ha sostenido

---

<sup>1079</sup> Sirva como ejemplo el Decreto extremeño 149/2012, de 27 de julio, por el que se regulan los incentivos destinados a favorecer la contratación de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo y se aprueba la primera convocatoria de dichas subvenciones (D.O. de Extremadura de 2 de agosto de 2012), que establece que en el programa de contratación temporal de trabajadores con discapacidad, la obligación de mantenimiento del puesto de trabajo comprenderá un periodo de 12 meses desde la fecha de contratación. En estos casos, si el trabajador causara baja voluntaria o por despido declarado procedente en la empresa se deberá proceder a su sustitución en un plazo de un mes desde que ésta se produjo, mediante un contrato de las mismas características que el extinguido, que deberá ser comunicado al Servicio Extremeño Público de Empleo en un plazo de 15 días desde la fecha de la baja en la Seguridad Social.

<sup>1080</sup> CROS-COURTIAL, M.: *Travail el Handicap en Droit Français*, op. cit., pág. 69.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

que ese momento podría diferirse, en el caso de nuevas contrataciones, a la aparición de la primera vacante en la empresa<sup>1081</sup>, y también la doctrina se ha pronunciado, en ocasiones, a favor de esta posibilidad<sup>1082</sup>. Tal criterio no se sostiene, sin embargo, cuando se trata de empresas de nueva creación<sup>1083</sup>. En todo caso, hay que tener en cuenta que tales criterios carecen de base normativa sólida y, por tanto, desde el punto de vista del derecho sancionador podrían generar problemas a las empresas que los sigan, considerando que la circunstancia objetiva que determina la tipificación contenida en el artículo 15.3 del TRLISOS, que veremos más adelante, se da objetivamente en el momento en que la empresa está incluida en el ámbito subjetivo de la obligación y no acredita su cumplimiento.

Sea como fuere, lo cierto es que podrían darse circunstancias, especialmente aquellas relacionadas con los ceses de trabajadores con discapacidad ya contratados, en las que pudiera resultar recomendable establecer ciertos plazos para la recuperación de la cuota de reserva. Tendremos ocasión de comentar este asunto en el apartado dedicado a conclusiones y propuestas en esta materia.

Finalmente, se ha planteado la incidencia que en los despidos colectivos pueda tener la obligación de reserva de empleo de trabajadores con discapacidad. Sin duda, una de las vicisitudes más relevantes que puede presentarse en una empresa es la de reducir de manera notable su plantilla como consecuencia de causas económicas, técnicas, organizativas o productivas a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 del TRLET. Antes de la modificación operada en este precepto por el Real Decreto Ley 3/2012<sup>1084</sup>, de 10 de febrero, estas extinciones colectivas estaban sometidas a autorización administrativa, mediante el procedimiento establecido para los ERE regulados, tras la reforma introducida por el Real

---

<sup>1081</sup> Tal ha sido el criterio que la Dirección General de Empleo ha sostenido en respuesta a una consulta de fecha 4 de abril de 1990.

<sup>1082</sup> SÁNCHEZ CERVERA- SERNA, J. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.: *Los trabajadores discapacitados*, op. cit., pág. 76.

<sup>1083</sup> NUÑEZ GONZÁLEZ, C.: «La nueva configuración de la reserva de empleo...», op. cit., pág.

245

<sup>1084</sup> Sustituido, tras su tramitación parlamentaria como proyecto de ley, por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.



Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio<sup>1085</sup>, en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. En la actualidad, y tras las reformas indicadas, el despido colectivo no sigue este procedimiento administrativo y, por tanto, la autoridad laboral no debe autorizarlo y, consecuentemente, ya no cabe plantearse si tal autorización puede resultar condicionada por el hecho de que la inclusión de trabajadores con discapacidad entre los afectados por el despido colectivo pueda poner a la empresa en situación de incumplimiento de su obligación de reserva. No obstante, queda la acción jurisdiccional para determinar el alcance de esta cuestión.

Antes de la reforma laboral de 2012 se planteó la cuestión señalada anteriormente, considerando que en aquel momento no existía previsión alguna de prioridad en el mantenimiento del empleo en los despidos colectivos a favor de los trabajadores con discapacidad<sup>1086</sup>, a diferencia de lo que sucedía durante la vigencia de la Ley 16/1976, de relaciones laborales<sup>1087</sup>. En términos generales, no se consideraba que la obligación de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad constituyera en sí misma una preferencia de permanencia de estos trabajadores en los despidos colectivos, de modo que resultaría admisible que la empresa, para superar la situación de crisis que provoca el despido colectivo, pudiera adoptar las medidas más oportunas siempre que continuara cumpliendo la cuota de reserva, aunque ello pudiera suponer el despido de trabajadores con discapacidad y su sustitución por otros o por medidas alternativas en el caso de que le fuera reconocida la situación de excepcionalidad<sup>1088</sup>. De este modo, la condición de trabajador con discapacidad no constituiría, sin más, una preferencia

---

<sup>1085</sup> Sustituido, tras su tramitación parlamentaria como proyecto de ley, por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

<sup>1086</sup> El redactado del artículo 51.7 del TRLET anterior al Real Decreto Ley 3/2012 se limitaba a establecer la prioridad de permanencia en la empresa, en los supuestos de despido colectivo, de los representantes legales de los trabajadores. Actualmente, en el apartado 5 del mismo artículo 51 se ha añadido que mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.

<sup>1087</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Una perspectiva histórica de la intervención...», *op. cit.*, pág. 126.

<sup>1088</sup> STS de 4 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ 2002\10168).

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

de mantenimiento de empleo en estos casos<sup>1089</sup>. Por otra parte, se cuestionaba si la Administración podía condicionar la autorización del ERE al cumplimiento de la cuota de reserva por parte de la empresa, concluyendo el TS que, si bien no puede acogerse favorablemente que la prioridad de permanencia en los ERE constituya un derecho individual de un trabajador con discapacidad, tampoco puede resultar irrelevante en la tramitación administrativa de estos expedientes el hecho de que la empresa pueda incurrir en incumplimiento de la cuota de reserva, de manera que la Administración no debe quedar indiferente ante esta circunstancia en la resolución del ERE, sino que debe evitarla<sup>1090</sup>.

Actualmente, la prioridad de permanencia de los trabajadores con discapacidad puede venir establecida convencionalmente, en los términos establecidos en el vigente artículo 51.5 del TRLET<sup>1091</sup>. Cuando no sea así, seguirán siendo aplicables los criterios jurisprudenciales señalados anteriormente, si bien sin la proyección en la actuación administrativa derivada de la resolución de los ERE, puesto que tal procedimiento desapareció con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero. No obstante, cabrá admitir la posibilidad de que, cuando las circunstancias concretas lo justifiquen, se pueda producir la extinción de contratos de trabajo de personas con discapacidad mediante despido colectivo, siempre que tales extinciones no sitúen a la empresa en una posición de incumplimiento de la cuota de reserva, admitiendo que puedan producirse sustituciones de trabajadores con discapacidad e incluso el recurso a las medidas alternativas para mantener el cumplimiento de la obligación mencionada.

---

<sup>1089</sup> FUENTES FERNÁNDEZ, F.: «La proyección de la reserva de empleo a favor de trabajadores *minusválidos* sobre los expedientes de regulación de empleo», Temas Laborales, nº 77/2004, pág. 283.

<sup>1090</sup> En la STS de 4 de febrero de 2002, ya citada, se establece que “hay que entender que se proclama la existencia de trabajadores *minusválidos* que deben ser protegidos en el acceso o permanencia en el empleo y que encuentran su regulación en normas especiales, las cuáles son de aplicación también a la extinción del contrato de trabajo que deriva de un despido colectivo”

<sup>1091</sup> El artículo 124 de la LJS establece que las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 del propio artículo 124. En todo caso, será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, si bien esta nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia.

#### 5.4.4 La reserva de empleo en la negociación colectiva

Más allá del alcance de la reserva de ley contenida en el artículo 17.2 del TRLET<sup>1092</sup>, lo cierto es que los convenios colectivos han introducido en algunas ocasiones cláusulas convencionales que afectan a la cuota de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad. El papel de la negociación colectiva en este ámbito, no obstante, no ha sido especialmente relevante<sup>1093</sup>, si bien presenta múltiples aspectos que pueden resultar interesantes desde la perspectiva de la visión que de esta cuestión tienen los negociadores de convenios colectivos y, por ende, los propios empresarios y trabajadores. Por otra parte, también se ha señalado que es precisamente esa escasa presencia de la negociación colectiva en relación con las cuotas de reserva uno de los factores que debilita la eficacia de la misma y que es necesario el impulso de la negociación en este ámbito para paliar los altos grados de incumplimiento que presenta la obligación de reserva<sup>1094</sup>.

Lo cierto es que el viejo Real Decreto 2531/1970 ya recogía lo que en aquel momento podía considerarse un llamamiento a la negociación colectiva en relación con la regulación de la cuota de reserva. En su artículo 10 se decía que las Ordenanzas, Reglamentaciones de Trabajo, Normas de Obligado Cumplimiento y Convenios Colectivos Sindicales que se establecieran o fueran revisados a partir de su entrada en vigor, deberían contener para las empresas incluidas en sus ámbitos de aplicación cupos de reserva obligatoria en las categorías, empleos o puestos de trabajo que pudieran ser “desempeñados normalmente” por trabajadores con discapacidad. Como adición a esta acción complementaria atribuida a estos instrumentos convencionales de la época, el mismo precepto señalaba que los Reglamentos de régimen interior debían

---

<sup>1092</sup> Vid. supra apartado 3.4.2.

<sup>1093</sup> En «Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 2006», CES, 2007, no se facilitan datos sobre el número de convenios colectivos que contienen cláusulas específicas sobre cuotas de reserva para personas con discapacidad, pero aparece el dato del porcentaje de convenios que incluyen cláusulas de igualdad y no discriminación entre sexos, que fue del 21 por ciento en 2006, mientras que en 2001 fue del 15,6 por ciento. A pesar de la ausencia del dato concreto en el caso de las cláusulas de reserva de empleo, con toda certeza su número es considerablemente menor al de las relacionadas con la igualdad entre sexos.

<sup>1094</sup> RODRÍGUEZ CABRERO, G., GARCÍA SERRAN 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*, Madrid, Ediciones Cinca, 2009, pág. 15.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

concretar los puestos de trabajo que cada empresa tendría que reservar para los trabajadores con discapacidad de su plantilla o, en su defecto, ajenos a la misma.

En la actualidad, sin embargo, la norma que regula la cuota de reserva, esto es, el artículo 42.1 del TRLGD, no contiene referencia alguna a la negociación colectiva, salvo en lo relacionado con las situaciones de excepcionalidad, y ello a pesar de la llamativa llamada de atención a la negociación colectiva a fin de que ésta tenga un papel de mayor protagonismo en la integración de las personas con discapacidad contenida en la EGD<sup>1095</sup>. No obstante, la negociación colectiva no ha sido ajena a la acción positiva directa. Así, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2007, publicado en el BOE de 24 de febrero de 2007 por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 9 de febrero de ese mismo año,<sup>1096</sup> recoge como propuesta específica, en relación con la igualdad de trato y oportunidades en el mercado ordinario de trabajo, la promoción en los procesos de negociación colectiva del cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 en las empresas de más de 50 trabajadores, estableciendo para facilitar este objetivo cláusulas específicas de cumplimiento e identificando las actividades y los puestos de trabajo que pueden tener menos dificultades para su cobertura por personas con discapacidad. En el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2012, 2013 y 2014, aprobado por Resolución de la Dirección General de Empleo de 30 de enero de 2012, no se contiene previsión alguna a este respecto.

Entrando en el contenido de los distintos convenios colectivos, hay que comenzar señalando que en la mayoría de aquellos que hacen referencia a la cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad ésta se limita a reproducir el contenido de la obligación legal establecida en el artículo 42.1 del TRLGD. En este sentido, más bien parece un recordatorio de la obligación legal o el fruto de una tácita asunción del escaso grado de cumplimiento de la misma, del que se deriva la necesidad de explicitar el compromiso para superar esta situación.

---

<sup>1095</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La Estrategia Global de Empleo de las Personas con Discapacidad...», op. cit., pág. 50.

<sup>1096</sup> Prorrogado para 2008 por el Resolución de 21 de diciembre de 2007, de la Dirección General de Trabajo, BOE de 14 de enero de 2008.

Incluso se podría afirmar que, aun cuando no es inusual la aparición en los convenios colectivos de cláusulas que reproducen literalmente el contenido de un precepto legal, en el presente tiene escasa trascendencia hacerlo por cuanto no parece que en un futuro inmediato puedan plantearse reducciones en esta obligación<sup>1097</sup>. Sea como fuere, son abundantes los casos en que el convenio colectivo reproduce la obligación legal sin añadir ningún elemento relevante a la misma, tanto en el ámbito empresarial como en el sectorial. Las fórmulas varían, puesto que en ocasiones se recurre a meras declaraciones programáticas que, en ausencia de un compromiso diferente del legalmente establecido, de facto se remiten al contenido de la norma<sup>1098</sup>; en otras se reproduce, con mayor o menor fortuna, el propio contenido del artículo 42.1 del TRLGD<sup>1099</sup>; por último, en otros

---

<sup>1097</sup> En la negociación colectiva se ha utilizado la técnica de la reproducción literal de una norma, en ocasiones, con la finalidad de garantizar su presencia durante la vigencia del convenio colectivo en el caso de que la norma fuera modificada. Seguramente en otras ocasiones, tal finalidad ni siquiera estaba presente en el momento de la inclusión de este tipo de cláusulas. Sea como fuere, esa función garantista aparece en algunos casos de una manera muy evidente, como sucede con las cláusulas de ultractividad indefinida que contienen algunos convenios colectivos anteriores a la reforma laboral introducida por el Real Decreto Ley 3/2012 y por la Ley 3/2012, que modificaron el artículo 86.3 del TRLET para limitar tal ultractividad a un año, salvo pacto en contrario. La SAN, Sala de lo Social, nº 149/2013, de 23 de julio de 2013 (AS 2013\1140), admite la efectividad de tales cláusulas para impedir la desaparición de los convenios colectivos denunciados una vez transcurrido un año desde la finalización de su vigencia, de modo que será posible seguir aplicando el convenio como consecuencia de esas cláusulas “reproductoras” de la norma entonces vigente.

<sup>1098</sup> Por ejemplo, el artículo 41 del Convenio Colectivo de la empresa Noroto S.A. para los años 2011 a 2015 (BOE de 28 de febrero de 2011), que establece que la empresa fijará como compromiso social la incorporación efectiva de personas con discapacidad, siempre que las circunstancias del puesto de trabajo lo permitan, y el trabajador no incurra en ningún riesgo laboral incompatible con su discapacidad. Similar fórmula utiliza el artículo 22 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Jaén para los años 2013 a 2015 (BOP de 8 de julio de 2013), que se limita a señalar que aquellas empresas que tengan menos de 50 trabajadores/as se comprometerán a fomentar los contratos de personas trabajadoras afectadas por alguna discapacidad. Otro ejemplo de la utilización de estas fórmulas genéricas es el artículo 33 del Convenio Colectivo del Sector del Metal para la provincia de Cuenca para los años 2011 y 2012 (BOP de 8 de junio de 2011).

<sup>1099</sup> El artículo 27 del XI Convenio colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil (BOE de 22 de marzo de 2010) establece que las empresas de más de 50 trabajadores deberán asegurar el cumplimiento de la obligación de reserva en las contrataciones de al menos un 2 por 100 para personas con un grado de discapacidad superior al 33%, o de las medidas alternativas previstas de acuerdo al artículo 38, de la ley 13/1982 de 7 de abril, de Integración Social de los *Minusválidos* y al Real Decreto 27/2000, de 14 de enero. En este caso, además de citarse una norma que en el momento de la publicación del convenio ya había sido derogada por el Real Decreto 364/2005, se hace referencia a empresas “de más de 50 trabajadores”, mientras que en el artículo 38.1 de la LIMSÍ, entonces vigente, y en el actual artículo 42.1 del TRLGD, aparecen incluidas las que tienen 50 trabajadores o más. También se utiliza esta fórmula descriptiva en el artículo 59 del Convenio Colectivo de Panaderías de la provincia de Toledo para el año 2013 (BOP de 14 de marzo de 2013), que señala que “las partes se comprometen al cumplimiento y desarrollo de lo previsto en el Real Decreto 1451 de 1983, de 11 de mayo, por lo que, en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13 de 1982, de 7 de abril, se regula

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

supuestos se remite directamente a la normativa aplicable, indicando ésta de manera más o menos precisa<sup>1100</sup>.

En todos los casos referidos hay que señalar que la regulación convencional de la obligación de reserva debe respetar la configuración de la cuota establecida en la normativa vigente, en el sentido de que no puede un convenio colectivo fijar una obligación de reserva menor a la contenida en el artículo 42.1 del TRLGD o que se determine de un modo diferente al previsto en este precepto y en el Real Decreto 364/2005<sup>1101</sup>. Por otra parte, cuando se haya realizado una remisión a una norma derogada o se haya reproducido de manera inexacta el contenido de la norma vigente, la obligación que ésta contiene se mantendrá inalterada, salvo

---

el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de los/as trabajadores/as *minusválidos/as*, hasta alcanzar en empresas de más de cincuenta trabajadores un 2 por 100 de personal con minusvalías compatibles con las tareas de la empresa, acogiéndose a los beneficios existentes”. En este último caso se incluye una referencia expresa adicional a las medidas promocionales de acción positiva. Para finalizar con otros dos ejemplos de reproducción poco precisa del contenido de la obligación legal, en el artículo 20 del Convenio Colectivo de la Industria de la Madera de la provincia de Málaga para los años 2008 a 2011 (BOP de 25 de agosto de 2009) se dice que la obligación se limita a “las empresas de más de 50 trabajadores/as por centro de trabajo”; por su parte, el artículo 67 del Convenio Colectivo estatal para las Industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, para los años 2012 y 2013 (BOE de 14 de agosto de 2012), la refiere a “las empresas que empleen un número de trabajadores fijos que exceda de cincuenta”. En ambos casos se contraviene, rebajando las exigencias de plantilla mínima, lo dispuesto en el artículo 42.1 del TRLGD, por lo que a estos efectos será de aplicación este último precepto.

<sup>1100</sup> Así sucede, por ejemplo, con el artículo 18 del Convenio Colectivo del Sector del Comercio Textil de la provincia de Tarragona para el año 2012 (B.O.P. de 23 de enero de 2013), que establece que “se estará a lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los *minusválidos* y a sus normas reglamentarias de desarrollo, incluidas aquellas como el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, (BOE del 20), por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva del 2% a favor de los trabajadores con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores, la orden del MTAS de 24 de julio de 2000 (BOE de 2 agosto) y el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero (BOE de 21 de febrero) que regula los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad”.

<sup>1101</sup> En Consulta de 26 de noviembre de 2013, la Dirección General de Empleo concluye expresamente que ni la LISMI (entonces vigente) ni el Real Decreto 364/2005 permiten, ni siquiera a través de la negociación colectiva, que circunstancias excepcionales alteren las reglas de cómputo de los trabajadores que determinan la cuota de reserva. Se analizaba el artículo 37 del Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas de la provincia de A Coruña (BOP de 4 de julio de 2011), que establece lo siguiente: “a los efectos de lo previsto en el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, del 7 de abril, de integración social de *minusválidos* y teniendo en consideración que las actividades y trabajos en las obras comportan riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores, el cómputo del dos por ciento se realizará sobre el personal adscrito a centros de trabajo permanentes”. La Dirección General de Empleo señala que los mencionados riesgos pudieran justificar el cumplimiento alternativo de la obligación de reserva, previa solicitud de declaración de excepcionalidad y propuesta de alguna de las medidas alternativas recogidas en el Real Decreto 364/2005, pero en ningún caso pueden suponer una configuración de la cuota de reserva distinta a la establecida en la normativa vigente, por lo que el 2 por 100 debe aplicarse sobre la totalidad de la plantilla de la empresa.

que el convenio colectivo establezca obligaciones adicionales a la misma, como tendremos ocasión de ver más adelante. En estos supuestos de concurrencia de obligación legal y obligación convencional para las empresas incluidas en los ámbitos subjetivos de la norma y del convenio, el incumplimiento de la primera supondría la comisión de una infracción grave en materia de empleo, tipificada en el artículo 15.3 del TRLISOS, mientras que el de la segunda plantea numerosas dificultades para su tipificación, tal como veremos en el apartado 6 de este mismo capítulo.

Pero más allá de las remisiones, más o menos directas y precisas, al contenido de la obligación legal de reserva, hay algunos convenios colectivos en los que aparecen peculiaridades reseñables en esta materia. Así, por ejemplo, encontramos supuestos en los que se incrementa el porcentaje de reserva<sup>1102</sup>, si bien en algunos casos se reduce simultáneamente el ámbito subjetivo de la obligación empresarial como consecuencia, en la mayoría de ellos, de deficiencias técnicas en la redacción de la cláusula convencional, ya sea porque se reproduce el redactado original del artículo 38.1 de la LISMI, que excluía a las empresas de 50 trabajadores, o porque se utiliza, impropia y erróneamente en este ámbito, la expresión “centro de trabajo”. También hay ejemplos de ampliación de la cuota, pero de modo potestativo, lo que en definitiva supone una remisión al contenido de la obligación legal, en los términos que hemos expuesto anteriormente<sup>1103</sup>.

Otros supuestos de determinación de obligaciones convencionales específicas de reserva, diferenciadas de la establecida legalmente, hacen referencia a preferencias en la contratación de determinados trabajadores con

---

<sup>1102</sup> El artículo 26 del Convenio Colectivo estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas para los años 2007 a 2009 (BOE de 2 de julio de 2007) incrementa la cuota de reserva al 4 por 100. Ese porcentaje es todavía mayor en otros casos, como el del Convenio Colectivo estatal de la Industria del Calzado para los años 2012 y 2013 (BOE de 12 de marzo de 2013), que en su artículo 60 la eleva hasta el 5 por 100. Idéntica cuota fija el artículo 60 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Toledo para los años 2011 a 2013 (BOP de 11 de octubre de 2012).

<sup>1103</sup> Así, por ejemplo, el artículo 41 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Huesca para los años 2008 a 2010 (B.O.P. de 22 de junio de 2009), que establece que “las empresas sujetas al ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo se comprometen a procurar el acceso a su plantilla habitual, por encima de los límites legales establecidos si ello fuera posible, a las personas que tengan reconocida una discapacidad física, mental o sensorial que no resulte incompatible con la categoría y funciones a desempeñar”.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

discapacidad<sup>1104</sup>, llegando en algunos casos a restringir las posibilidades de cumplimiento por parte de la empresa de la obligación convencional de reserva<sup>1105</sup>. También aparecen referencias a las adaptaciones para facilitar la permanencia en la empresa de trabajadores con discapacidad sobrevenida<sup>1106</sup>. En otras ocasiones, por último, la cláusula convencional afecta a la tipología contractual prioritaria en estos casos<sup>1107</sup>. No aparecen, sin embargo, ejemplos de cláusulas imperativas de ampliación del ámbito subjetivo de la obligación a empresas con plantillas inferiores a 50 trabajadores, a pesar de ser precisamente éste uno de los aspectos en los que la negociación colectiva podría incidir de manera más evidente para complementar la obligación legal de reserva y favorecer un mayor acceso de trabajadores con discapacidad a las plantillas de las empresas.

Para finalizar, conviene insistir en que en estos supuestos el contenido de la cláusula de reserva convencional en nada altera la establecida legalmente, si bien pudiera generar una obligación adicional, con las implicaciones en el derecho sancionador que veremos más adelante, dentro de este mismo capítulo.

---

<sup>1104</sup> El artículo 16 del Convenio colectivo estatal de perfumería y afines para los años 2012 y 2013 (BOE de 8 de octubre de 2012) señala, respecto de la contratación de trabajadores para cubrir la cuota de reserva del 2 por 100, lo siguiente: “las Empresas ocuparán al trabajador con discapacidad que tenga su origen en alguna enfermedad profesional, accidente de trabajo o desgaste físico natural, como consecuencia de una dilatada vida al servicio de la Empresa, destinándole a trabajos adecuados a sus condiciones. En los casos de discapacidad física, psíquica y/o sensorial por otras razones, la Empresa, existiendo puesto vacante, procurará el mejor acoplamiento del trabajador.” Añade ese mismo artículo que para ser colocados en esta situación, tendrán preferencia las personas que perciban subsidios o pensión inferior al salario mínimo interprofesional vigente y que el orden para este beneficio se determinará por la antigüedad en la empresa o, en caso de igualdad, por el mayor número de hijos menores de edad o incapacitados para el trabajo.

<sup>1105</sup> Sirva como ejemplo, en este caso, el artículo 26 del Convenio Colectivo Provincial de Trabajo del Sector Manipulado y Envasado de Frutas, Hortalizas y Flores de Almería para los años 2007 a 2010 (BOP de 23 de julio de 2008), que expresamente señala que los trabajadores con discapacidades sobrevenidas a su ingreso en la empresa “no se incluirán en el porcentaje del 2 por 100 aducido en el primer párrafo del presente artículo”. Naturalmente, esta limitación podrá afectar a la obligación convencional, pero en ningún caso a la establecida en el artículo 42.1 del TRLGD.

<sup>1106</sup> Es el caso, por ejemplo, de los convenios colectivos de las empresas Exide Technologies España S.A. (BOE de 27 de abril de 2011) y Servicios de Colaboración Integral S.L. (BOE de 28 de febrero de 2011). Artículos 23 y 19, respectivamente.

<sup>1107</sup> Artículo 38 del convenio colectivo de trabajo de la empresa Parques Reunidos Valencia, S.A. (L'Oceanogràfic) para los años 2011 a 2013 (BOE de 4 de agosto de 2011), que establece que “la empresa procurará contratar y que formen parte indefinida de la plantilla un 2 por 100 de trabajadores con discapacidad”. En este caso, no se trata de una imposición, sino de una mera declaración de intenciones.



#### 5.4.5. Valoración de la situación actual de la regulación de la cuota de reserva de empleo en las empresas

Como ya se ha señalado con abundancia a lo largo del presente capítulo, una de las constataciones más compartidas por quienes han analizado la cuota de reserva en España es la de su insatisfactorio grado de cumplimiento. A pesar de que no existen datos oficiales sobre esta cuestión, la totalidad de estudios realizados llegan a idéntica conclusión, si bien los resultados no coinciden en todos ellos: las deficiencias en el cumplimiento de la obligación de reserva son muy evidentes, hasta el punto de que puede afirmarse la falta de un cumplimiento pleno de la misma<sup>1108</sup>, de modo que el objetivo de que la totalidad de las empresas obligadas a reservar empleo cumplan la cuota del 2 por 100 de trabajadores con discapacidad está muy lejano<sup>1109</sup>. Pero quizá la peor noticia no sea ésta, sino que tales datos se producen a pesar de que las actuaciones inspectoras en esta materia se han venido incrementando progresivamente desde que en el año 2000 pasaron a incorporarse, de manera estable en las distintas Comisiones Territoriales, entre los objetivos y programas de actuación ordinaria de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>1110</sup>. Sirva como ejemplo el caso de Cataluña, Comunidad Autónoma en la que las actuaciones inspectoras en materia de control del cumplimiento de la obligación de reserva establecida en el artículo 42.1 del TRLGD supusieron, entre enero de 2010 y noviembre de 2013 un total de 2.365 órdenes de servicio finalizadas, de las que resultaron 251 requerimientos y 186 actas de infracción en esta materia con un importe total de 341.122 euros. Resulta especialmente significativo el dato de que, en ese periodo y Comunidad Autónoma, las empresas procedieron a contratar, como consecuencia inducida de las actuaciones inspectoras referidas, un total de 1.040 trabajadores con discapacidad.

---

<sup>1108</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La Estrategia Global de Empleo de las Personas con Discapacidad...», op. cit., pág. 51.

<sup>1109</sup> RODRÍGUEZ CABRERO, G., GARCÍA SERRANO, C., TOHARIA, L.: *Evaluación de las políticas de empleo...*, op. cit., pág. 54. Los autores señalan que, después de realizada una consulta a directivos de Centros Especiales de Empleo, han supuesto que el grado de cumplimiento de la cuota estaría entre el 0,5 y 1,0 por 100. A pesar del notable margen que tal suposición presenta, lo preocupante es que, de ser cierta, en el mejor de los casos apenas estaríamos a mitad del camino.

<sup>1110</sup> Artículo 17 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Resulta, por tanto, necesaria una revisión de la configuración de la obligación de reserva de empleo para las personas con discapacidad que, tanto en el ámbito del derecho sustantivo como en el del derecho sancionador posibiliten grados de cumplimiento adecuados, evitando así el peligro de que se generalice una cierta conciencia de laxitud legislativa y administrativa que resultaría perniciosa para la consecución del objetivo de favorecer la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en el acceso al empleo y en el desarrollo normalizado de las relaciones laborales<sup>1111</sup>. Veamos a continuación algunas de las posibles propuestas en el ámbito legislativo y convencional:

### **A) Propuestas respecto del ámbito subjetivo de la obligación de reserva**

En primer lugar, hay que comenzar señalando que, como ya hemos tenido ocasión de comprobar, la peculiar configuración del tejido empresarial español hace que el número total de empresas obligadas a reservar empleo para personas con discapacidad sea relativamente bajo, ya que no alcanza el 1 por 100 del total de las existentes en el país. En este sentido, no es de extrañar que más del 50% de las contrataciones ordinarias de personas con discapacidad se realicen en empresas de menos de 50 trabajadores, que son precisamente aquellas que no están sometidas a la cuota de reserva del 2 por 100 del TRLGD<sup>1112</sup>. Precisamente por esta razón, son numerosas las propuestas en el sentido de extender la obligación de reserva a empresas por debajo del umbral de los 50 trabajadores de plantilla, en línea con la normativa de otros países en los que ese umbral es considerablemente más bajo<sup>1113</sup>.

---

<sup>1111</sup> Lo cierto es que, a juzgar por el contenido de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, sería discutible este propósito, puesto que no aparece en todo el texto una sola referencia a la necesidad de modificar la regulación actual. La Estrategia se limita a resaltar el elevado grado de incumplimiento de la obligación de reserva y a proponer una campaña para fomentar que las empresas no obligadas al cumplimiento de la cuota contraten a personas con discapacidad, acompañada de información que rompa los estereotipos sobre la productividad de estas personas y de información adicional en relación con los efectos de la discapacidad sobre la productividad. Considerando el grado de cumplimiento del cupo de reserva por parte de las empresas legalmente obligadas, quizá esta campaña debería ir dirigida prioritariamente a éstas, y no a las que no tienen la obligación legal de reservar empleo.

<sup>1112</sup> PEREZ BUENO, L.: *Manual para la negociación colectiva inclusiva en materia de discapacidad*, Madrid, Cinca, 2013, pág. 89.

<sup>1113</sup> CROS-COURTIAL, M.: *Travail el Handicap en Droit Français*, op. cit., págs. 66 a 67. La autora critica que en Francia, país en el que la obligación de reserva afecta a empresas de 20 o más

El propio Consejo Económico y Social, en su Informe 5/95 sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación, de 26 de octubre de 1995, proponía que el porcentaje de reserva se ampliara progresivamente, hasta alcanzar un 4 por 100 en empresas de 25 o más trabajadores, siguiendo un proceso similar de progresividad de cuota al que se ha producido en otros países de la Unión Europea<sup>1114</sup>. En el mismo informe se justifica esta necesidad en el hecho de que, aun cuando la cuota actual aplicada sobre empresas de 50 o más trabajadores –en aquel momento únicamente computaban los trabajadores fijos- se cumpliera íntegramente, resultaría insuficiente para paliar las necesidades de empleo del colectivo de personas con discapacidad, algo que no sucedería si se incluyera en el ámbito subjetivo de la obligación de reserva a las empresas de más de 20 trabajadores, ya que se pasaría de cubrir el 9 por 100 de esas necesidades de empleo a hacerlo con el 28 por 100 de las mismas<sup>1115</sup>.

Cabe, pues, concluir que, en la línea seguida por otros países europeos y considerando la estructura de nuestro tejido empresarial, mejoraría notablemente la eficacia de la acción positiva directa en España con la ampliación del ámbito subjetivo de la obligación de reserva, siempre que se hiciera de manera proporcionada y, como se planteará más adelante, con una adecuada interrelación de estas medidas directas con las de acción positiva promocional. En este sentido, parece razonable que la cuota de reserva se pudiera ampliar a empresas con plantillas de 20 o más trabajadores<sup>1116</sup>, puesto que es de sentido común convenir que estas empresas pueden perfectamente asumir el compromiso de contratación de trabajadores con discapacidad<sup>1117</sup>. De este modo, y de acuerdo con los datos facilitados por el INE a los que ya hemos hecho

---

trabajadores, las que tienen plantillas inferiores estén excluidas de la obligación de reserva. Entre otras razones, se señala que las condiciones de trabajo en las empresas pequeñas favorecen, desde el punto de vista psicológico, la integración laboral de las personas con discapacidad. Similar argumento se encuentra en OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: «Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo...», op. cit., págs. 47 a 49.

<sup>1114</sup> Idéntico límite, de 25 trabajadores, se establece por parte del CERMI en su *Propuesta de Estrategia Global para el empleo de las personas con discapacidad*. Vid. supra, apartado 3.4.2.

<sup>1115</sup> CES : *Informe 5/95 sobre la situación del empleo...*, cit., pág. 135.

<sup>1116</sup> RODRÍGUEZ CABRERO, G., GARCÍA SERRANO, C., TOHARIA, L.: *Evaluación de las políticas de empleo...*, op. cit., pág. 95.

<sup>1117</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», op. cit., pág. 8.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

referencia, en el año 2013 tal modificación hubiera supuesto que el número de empresas obligadas a cumplir dicha cuota pasara de menos de 25.000 a más de 67.000.

En segundo lugar, y a pesar de que el artículo 42 del TRLGD clarifica la cuestión, lo cierto es que los límites entre la cuota de reserva de empleo para las empresas y la obligación de reserva de empleo de las Administraciones públicas no están todavía suficientemente definidos. En este sentido, el TRLGD remite a la normativa reguladora de las ofertas de empleo público para el establecimiento del cupo que deben reservar en las mismas las Administraciones públicas, pero se siguen planteando problemas en la delimitación de este ámbito, ya que el apartado primero del mismo artículo 42 del TRLGD sigue haciendo referencia, dentro del ámbito subjetivo de la obligación de reserva de empleo a las empresas “públicas y privadas”. Será objeto de estudio al final del presente capítulo esta cuestión, pero conviene señalar en este momento que parece razonable sostener que la cuota de reserva de empleo del artículo 42.1 del TRLGD debiera obligar a todos aquellos empleadores no vinculados directamente por los principios constitucionales de mérito y capacidad, de modo que únicamente en aquellos procesos selectivos realizados al amparo de lo establecido en el artículo 103 de la CE se aplicaría la obligación de reserva de plazas convocadas prevista en el artículo 59 del EBEP en lugar de exigir la contratación efectiva de un porcentaje de trabajadores con discapacidad. Sea como fuere, y como también se verá al final del presente capítulo, no parece suficiente, desde el punto de vista de la eficacia de la medida, que las Administraciones públicas se limiten a reservar un determinado número de plazas para candidatos con discapacidad en las ofertas de empleo público. En cierto modo, las empresas públicas debieran estar especialmente obligadas al cumplimiento de la cuota de reserva de empleo<sup>1118</sup>.

En tercer lugar, se plantea la cuestión del modo en que debe establecerse la obligación de reserva cuando estemos ante fenómenos de agrupación empresarial. El artículo 42 del TRLGD, como no podía ser de otro modo

---

<sup>1118</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», *op. cit.*, pág. 10.

considerando la técnica legislativa utilizada, no supone cambio alguno en este sentido respecto del contenido del artículo 38.1 de la LISMI y, consecuentemente, no contempla la posibilidad de que en los grupos de empresas el cómputo de la plantilla y el de trabajadores con discapacidad contratados se realice sobre la suma de la totalidad de las empresas que los componen. Lo mismo sucede en el caso de las UTE, puesto que se produce idéntica omisión en la norma.

Parece que en el primer supuesto podría resultar benéfico el cómputo conjunto, y ello fundamentalmente por dos razones. La primera es que de este modo se amplía el ámbito subjetivo de la obligación de reserva, puesto que en aquellos supuestos en los que las plantillas de las empresas que componen el grupo no alcancen el mínimo de trabajadores establecido legalmente, no resultaría exigible la contratación de trabajadores con discapacidad, pero al realizar el cómputo conjunto de las plantillas muy probablemente tal obligación estará presente en muchos casos<sup>1119</sup>. La segunda es que el cómputo conjunto de la totalidad de trabajadores con discapacidad contratados por las empresas que componen el grupo puede facilitar al mismo el cumplimiento de la obligación de reserva, en casos en que alguna o algunas de las empresas del grupo tienen actividades en las que resulta más fácil llevar a cabo esas contrataciones, de modo que pueden exceder del mínimo exigido para compensar las carencias de otras empresas del grupo en el cumplimiento del cupo de reserva.

No parece que deba ser ésta, sin embargo, la solución respecto de las UTE, puesto que a pesar de que los dos argumentos utilizados para los grupos de empresas serían perfectamente trasladables a estas Uniones, lo cierto es que el carácter temporal de las mismas puede hacer que tanto la obligación de reserva como la determinación del cumplimiento de la misma resulten extremadamente volátiles e inestables, lo que no favorece especialmente el fin perseguido con la medida de acción positiva. No obstante, en ambos casos, grupos y UTE, se presenta un problema común, cual es la ausencia de una regulación adecuada en el ámbito laboral de estas figuras, circunstancia que dificulta enormemente en la práctica la aplicación a los primeros de las propuestas señaladas en el párrafo

---

<sup>1119</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», op. cit., pág. 9.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

anterior, de manera que, si bien ha llegado a admitirse la posibilidad de reconocer la existencia del grupo empresarial a efectos del cumplimiento de la cuota de reserva<sup>1120</sup>, no parece posible hacerlo sin una modificación normativa en ese sentido<sup>1121</sup>.

Finalmente, parece razonable mantener la posibilidad de que la celebración de contratos de puesta a disposición de las empresas obligadas a cumplir la cuota de reserva con empresas de trabajo temporal pueda resultar un mecanismo válido para el cumplimiento de esta obligación, fundamentalmente porque no se aprecian genéricamente circunstancias que pudieran perjudicar el objetivo de empleo perseguido, más allá de las que puedan afectar a cualesquiera otros trabajadores cedidos temporalmente. No obstante, hay autores que se manifiestan en contra de esta posibilidad<sup>1122</sup>.

### **B) Propuestas respecto de los trabajadores beneficiados por la cuota de reserva**

Respecto de los trabajadores con discapacidad beneficiarios de la medida de reserva de empleo, la mayoría de las propuestas realizadas van en el sentido de ampliar el porcentaje de la cuota, por razones esencialmente similares a las que justifican la ampliación del número de empresas obligadas a cumplirla. De este modo, son numerosas las voces que reclaman que dicho porcentaje se incremente por encima del 2 por 100 actual, como ya pudimos comprobar en el Informe 5/95 del CES, que proponía que se ampliara progresivamente hasta alcanzar el 4 por 100. La mayoría de las propuestas en este ámbito se han movido entre el 3 y el 4 por 100 de cuota de reserva<sup>1123</sup>. Parece, por las aludidas razones, aconsejable la ampliación del porcentaje en los términos propuestos, con la finalidad de mejorar la eficacia de la medida y paliar de este modo la

---

<sup>1120</sup> NUÑEZ GONZÁLEZ, C.: «La nueva configuración de la reserva de empleo...», op. cit., pág. 239.

<sup>1121</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», op. cit., págs. 9 a 10.

<sup>1122</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», op. cit., págs. 7 a 8.

<sup>1123</sup> RODRÍGUEZ CABRERO, G., GARCÍA SERRANO, C. y TOHARIA, L.: *Evaluación de las políticas de empleo...*, op. cit., pág. 95.

insuficiencia actual en relación con las necesidades de empleo de las personas con discapacidad. Por otra parte, podría plantearse la posibilidad de establecer distintos porcentajes, de modo que se pudiera variar, al alza, a partir de un número de trabajadores en plantilla especialmente significativo en atención a la mayor capacidad de gestión de empleo de las grandes empresas<sup>1124</sup>.

Pero más allá de la simple, pero relevante, cuestión numérica, cabe cuestionarse la propia configuración del cumplimiento de la obligación resultante de la aplicación del porcentaje a la plantilla de la empresa, respecto de los trabajadores con discapacidad que deben ser contratados. En este sentido, se ha planteado si podría resultar conveniente diferenciar tipologías de discapacidad, y grados de la misma, a la hora de determinar las contrataciones a realizar por parte de las empresas obligadas<sup>1125</sup>, considerando que éstas optan en un porcentaje muy elevado de casos por trabajadores con discapacidad física o sensorial y con grados de discapacidad cercanos al mínimo del 33 por 100 establecido legalmente. Para favorecer la contratación de trabajadores con discapacidades severas o de aquellos que tienen especiales dificultades para acceder al mercado ordinario de trabajo, convendría fragmentar la cuota de modo que una parte de la misma se reservara expresamente para tales colectivos. No obstante, hacerlo de este modo podría provocar un incremento considerable de las situaciones de excepcionalidad en aquellos casos en que la actividad de la empresa o las circunstancias organizativas, técnicas o productivas pudieran dificultar de manera especial la contratación de trabajadores con discapacidades de ese tipo o graduación. Por tanto, una posible solución que permitiera favorecer a estos trabajadores como beneficiarios de la cuota de reserva sin generar cumplimientos alternativos de la misma podría ser la de computarlos de manera diferente a los

---

<sup>1124</sup> No se trata de contradecir el argumento que resalta el efecto benéfico que el empleo en pequeñas empresas puede provocar en la integración laboral de muchas personas con discapacidad, que se comparte, sino de dimensionar adecuadamente la obligación de reserva en aquellas empresas que presentan una infraestructura y una capacidad de organización que razonablemente justifican un mayor compromiso en esta materia. De hecho, en ese ámbito de la gran empresa aparece más frecuentemente planteada la Responsabilidad Social Empresarial como elemento estratégico y, por tanto, parece adecuada esta intensificación de la exigencia de reserva de empleo, aunque fuera de ese ámbito de responsabilidad empresarial, en la medida en que no se trata de una decisión voluntaria de la propia empresa, sino condicionada por la elusión de sanciones administrativas.

<sup>1125</sup> Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, cit., objetivo 4.6.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

trabajadores con discapacidad que no pertenecen a estos colectivos de especial dificultad<sup>1126</sup>.

Otra cuestión que se ha planteado es la del cómputo de los trabajadores con discapacidad sobrevenida de la propia empresa, e incluso el de aquellos que, teniendo una discapacidad originaria, han obtenido el reconocimiento de la misma con posterioridad a su incorporación a la empresa. En el primer caso, hay autores que se han mostrado contrarios a que tales trabajadores computen para la cuota de reserva, entendiendo que únicamente los contratados por la empresa obligada cuando ya tenían la condición de personas con discapacidad debieran formar parte de ese cupo<sup>1127</sup>. No obstante, el valor del mantenimiento del empleo, y la severidad con la que las situaciones de crisis generan destrucciones masivas de puestos de trabajo, pueden recomendar que tanto los trabajadores con discapacidad sobrevenida como aquellos que han obtenido el reconocimiento con posterioridad a la contratación, deban computar para la cuota de reserva, si bien también en estos casos puede resultar interesante establecer métodos de cómputo diferenciado, de modo que resulten más favorecidas las empresas que contraten trabajadores con discapacidad que aquellas que tienen trabajadores a los que tal circunstancia les ha sobrevenido o les ha sido reconocida durante el desarrollo de la relación laboral<sup>1128</sup>. En todo caso, parece recomendable que, de algún modo, estos trabajadores sean beneficiarios de la cuota de reserva como mecanismo de mantenimiento de empleo.

Por otra parte, y sea cual fuere el método de determinación del número de trabajadores con discapacidad de una empresa a efectos de determinar el grado de cumplimiento de la cuota de reserva que le corresponde, lo cierto es que en todo caso parece necesaria una adecuada interacción de esta medida de acción directa con otras de carácter promocional, con la finalidad de reforzar la eficacia

---

<sup>1126</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», op. cit., págs. 6 a 7. El autor propone que los trabajadores con discapacidades no graves computen el 50 por 100 de una unidad.

<sup>1127</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», op. cit., pág. 7.

<sup>1128</sup> En el derecho alemán hemos visto ejemplos de estas técnicas de cómputo diferenciado. Vid. supra apartado 5.2.2.



de ambas en aras de conseguir una verdadera igualdad de oportunidades. Por tanto, y a pesar de que ya existe un interesante régimen adaptado de exclusiones que amplía las posibilidades de empleo del colectivo en la Ley 43/2006<sup>1129</sup>, deberían desaparecer las trabas que todavía mantiene esta norma para que las personas con discapacidad sobrevenida que trabajan en las empresas puedan generar incentivos económicos a las mismas que refuercen la estabilidad de estos trabajadores y eviten que estén en una peor situación que el resto de sus compañeros ante situaciones de destrucción de empleo. Sería recomendable, no obstante, que en estos casos la intensidad de la incentivación económica fuera menor que la de los supuestos de nuevas contrataciones, pero manteniendo un impulso positivo que desfavoreciera determinadas tentaciones de sustitución o eliminación de estas relaciones laborales. En el mismo sentido, deberían reducirse las causas de exclusión relacionadas con la movilidad de los trabajadores con discapacidad entre empresas, puesto que en muchas ocasiones tales trabas impiden a un trabajador con discapacidad una mejora de sus condiciones de trabajo al resultar la nueva empresa excluida de los beneficios de los programas de fomento del empleo. Tampoco en este caso se plantea una supresión íntegra de las causas de exclusión del artículo 6 de la Ley 43/2006 que afectan a la contratación de trabajadores con discapacidad, pero convendría establecer condiciones que no desfavorecieran la estabilidad en el empleo de estos trabajadores y sus posibilidades de mejora económica y profesional<sup>1130</sup>.

Finalmente, y dentro del ámbito de las interacciones entre distintas medidas de acción positiva, convendría profundizar en las posibilidades que ofrece la cuota de reserva de empleo en relación con la obligación de tránsito de los Centros Especiales de Empleo. En este sentido, parece razonable plantear que cuando un trabajador que viene del empleo protegido es incorporado, en condiciones de estabilidad, a una empresa ordinaria, si ésta resulta obligada por la cuota de reserva pueda tener una especial consideración a la hora de computar para la misma, y también que el Centro Especial de Empleo pueda resultar incentivado

---

<sup>1129</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y GUTIERREZ COLOMINAS, D.: «La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo», *Revista Española de Discapacidad*, volumen 1, número 3 (2014), pág. 25.

<sup>1130</sup> *Vid supra* apartado 4.1.3.B).

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

en estos casos. Respecto de la empresa ordinaria, incluso sería prudente admitir un menor incentivo económico en estos casos, que podría permitir revertir la diferencia en el Centro Especial de Empleo de origen, a cambio de un plus en el cómputo de este trabajador para el cumplimiento de la cuota de reserva. Aun asumiendo que se trata de una medida discutible, lo cierto es que la actual situación parece recomendarla, puesto que la consolidación del empleo en los Centros Especiales de Empleo y la escasísima conexión de este empleo protegido con el del mercado de trabajo ordinario aconseja la adopción de medidas expeditivas que permitan que estos Centros cumplan con las finalidades que les atribuye el artículo 43.1 del TRLGD.

### **C) Propuestas respecto de la determinación de la cuota de reserva y del cumplimiento de la misma**

También la determinación precisa de la cuota de reserva plantea no pocos problemas, como consecuencia fundamentalmente de dos factores: por una parte, la insuficiente concreción en la norma del procedimiento de cálculo de la plantilla de la empresa y, por otra, el dinamismo que la propia obligación de reserva presenta, tanto respecto de la dimensión de las plantillas de las empresas como de la propia presencia de trabajadores con discapacidad en las mismas.

En primer lugar, se plantea el problema de las empresas con grandes fluctuaciones de plantillas, en el sentido de que, al realizarse un promedio de las del año anterior a efectos de determinar la cuota de reserva, puede ocurrir que una empresa con una gran plantilla, en fase de crecimiento, pueda estar durante mucho tiempo con una cuota de reserva relativamente escasa. Pero también puede ocurrir lo contrario; de hecho, en el caso de las empresas que reducen plantillas, el recurso a la excepcionalidad y a las medidas alternativas es frecuente, puesto que mantienen durante meses una cuota de reserva desproporcionadamente alta en relación a la plantilla que realmente tienen en un momento dado. Por tanto, quizá conviniera modificar el método para calcular la plantilla sobre la que aplicar el porcentaje de la cuota de reserva, puesto que

genera situaciones desproporcionadas en la práctica<sup>1131</sup>. La cuota de reserva debería ajustarse de manera más adecuada a la plantilla real de la empresa en cada momento, y por tanto la referencia pudiera ser el mes anterior, y mantenerse durante todo el mes en curso. Por otra parte, la cifra debiera calcularse a partir del total de días en alta de todos los trabajadores de la empresa en cada mes, dividido por el número de días a cotizar en el mismo, evitando así alambicadas fórmulas como las actuales que dificultan la concreción de la plantilla y permitiendo además que el cálculo se realice 12 veces al año en lugar de 365 como ocurre con el método actual.

Relacionados con esta cuestión están los supuestos de las empresas de nueva creación y los de fusiones y absorciones de empresas. En el primer caso, la obligación de reserva nacería a partir del primer día del mes siguiente al del inicio de la actividad empresarial, en los términos del artículo 1.2 del TRLET, y en el segundo sería también a partir de ese momento cuando el incremento de plantilla derivado de la fusión o absorción de empresas tendría impacto inmediato en la cuota de reserva. En definitiva, se propone un mecanismo de determinación de la obligación de reserva más atento con la realidad de las plantillas de las empresas, y también más sensible a las alteraciones que las mismas puedan presentar a lo largo del tiempo.

En segundo lugar, y aun tratándose de una cuestión puramente matemática, lo cierto es que con los actuales tramos de la cuota de reserva, el tratamiento que se dé a los decimales puede suponer en la práctica, en términos de creación de empleo, un asunto relevante. En este sentido, y aun reconociendo algunos esfuerzos voluntaristas por provocar un efecto expansivo de la obligación de reserva en el empleo, desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador no parece que pueda admitirse un redondeo al alza del número entero resultante en la cuota de reserva, sea cual fuere la cifra decimal que se obtenga. Por tanto, y con la finalidad de favorecer el objetivo de creación de

---

<sup>1131</sup> El sistema de cálculo, como ya se ha dicho, se ha tomado del que utiliza el TRLET para un hecho puntual, como es la determinación del número de representantes legales de los trabajadores que presten servicios en trabajos fijos discontinuos y de trabajadores no fijos (artículo 72 del TRLET). Difícilmente servirá tal técnica para determinar el grado de cumplimiento de una obligación de tracto sucesivo, como es la de cubrir la cuota de reserva de empleo de trabajadores con discapacidad en la empresa.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

empleo de esta medida de acción positiva, la propuesta realizada anteriormente de reducir a 20 el número mínimo de trabajadores de una empresa para resultar obligada al cupo de empleo para trabajadores con discapacidad tendría el efecto benéfico de permitir una mejor graduación de los tramos de reserva. Aun así, y en el caso de que finalmente se extendiera la obligación de reserva a las empresas de más de 20 trabajadores, la norma debiera prever que en el momento en que en el cálculo de la cuota de reserva se obtuviera un número con decimales, el número entero resultante a efectos de cupo de reserva sería el más próximo, optando por el anterior en caso de equidistancia. Al menos, así debiera ser en empresas con grandes plantillas, posibilitando de este modo también reforzar esta medida de acción positiva en las empresas con mayor capacidad de gestión de empleo.

Una tercera cuestión relevante en relación con la determinación del cumplimiento de la cuota de reserva por parte de las empresas obligadas es el del cese de los trabajadores con discapacidad en las mismas, ya que no todas las causas extintivas son iguales. Nada prevé, como hemos señalado, la normativa vigente en la materia a este respecto, lo que sin duda genera agravios comparativos en la práctica que tienen difícil justificación<sup>1132</sup>. Por tanto, debiera existir una clara distinción, a estos efectos, de las causas que pueden originar la extinción de la relación laboral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49 del TRLET, estableciendo para aquellos casos en los que no ha intervenido la voluntad del empresario un plazo para que éste pueda contratar a un nuevo trabajador con discapacidad, en el caso de que el cese de uno de ellos suponga hallarse en situación de incumplimiento del cupo de reserva. En las actuales circunstancias, y considerando las dificultades que la intermediación en el ámbito del empleo de las personas con discapacidad presenta, parece razonable exigir que el empresario deba presentar una oferta de empleo para un trabajador con discapacidad en el término máximo de un mes, para el puesto de trabajo que ha dejado vacante el trabajador con discapacidad cesado, salvo que por razones justificadas se deba

---

<sup>1132</sup> Las consecuencias, en términos de cumplimiento o incumplimiento de la obligación de reserva, son idénticas para una empresa que despidió improcedentemente a un trabajador con discapacidad, o que incluso realiza un despido discriminatorio por esta causa, y para otra en la que uno de sus trabajadores con discapacidad fallece o se jubila.

proceder a la amortización del mismo, en cuyo caso, en ausencia de otras vacantes, la empresa debería recurrir a las medidas alternativas derivadas de la situación de excepcionalidad. En aquellos casos en que es una decisión empresarial la que acaba con la relación laboral del trabajador con discapacidad, salvo que se trate de un despido disciplinario procedente, no parece que deba establecerse plazo alguno para recuperar la situación de cumplimiento de la obligación, debiendo la empresa prever esta circunstancia y responder anticipadamente a la misma, ya sea por la vía de la contratación directa o por la de las medidas alternativas cuando éstas resulten procedentes.

### **D) Propuestas en el ámbito de la negociación colectiva**

Se ha señalado la necesidad de que la negociación colectiva asuma en esta materia un rol más vertebrador<sup>1133</sup>. Respecto de la configuración legal de la reserva en los convenios colectivos, acertadamente se ha destacado que la redacción de una o varias cláusulas en relación al cumplimiento de la cuota, debiera al menos reunir ciertas características, que variarían según el ámbito de negociación. Entre tales caracteres, destacan el compromiso con el cumplimiento de la norma, estableciendo criterios para su progresivo cumplimiento, la utilización de las medidas alternativas sólo cuando no se pueda cumplir vía contratación directa, así como especificar la base que se va a utilizar para calcular la cuota y si se incluye o no a los trabajadores con discapacidad sobrevenida. También sería recomendable vincular el cumplimiento de la cuota con el principio de igualdad y no discriminación y, si el ámbito lo permite, tener en cuenta los distintos tipos de discapacidad. Además, se ha propuesto vincular la contratación a la necesidad de adaptación de puestos, incluir a las empresas con menos de 50 trabajadores como centros posibles de contratación (sobre todo en convenios sectoriales) y como ejemplo real de responsabilidad social, y recoger en los convenios las iniciativas que, por superar lo establecido por la norma, reflejan las iniciativas voluntarias de responsabilidad social de las empresas. Por último, se recomienda establecer mecanismos de seguimiento que permitan evaluar los resultados que

---

<sup>1133</sup> RODRÍGUEZ HIDALGO, J.: «El fomento del empleo de los *minusválidos* a través de la “cuota de reserva”», en DUEÑAS HERRERA, L. (Director): *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, op. cit., pág. 563.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

se obtienen e introducir mecanismos de mejora que puedan generarse, y dar a conocer los recursos disponibles para favorecer la inserción laboral y su adaptación a la empresa<sup>1134</sup>. Es evidente que la negociación colectiva puede laminar, y quizá convenga que lo haga, el espacio de la responsabilidad social empresarial<sup>1135</sup>, puesto que quedarían fuera del mismo aquellas obligaciones impuestas convencionalmente a las empresas, quedando en el ámbito de la responsabilidad social exclusivamente las acciones de carácter voluntario dirigidas a atender las preocupaciones de los trabajadores, los consumidores, los inversores y los accionistas de las empresas<sup>1136</sup>.

Por otra parte, es insuficiente la reiteración en los convenios colectivos de las estipulaciones legales, y debieran introducirse en los mismos cláusulas de reserva de empleo de contenido más concreto que permitieran garantizar la efectiva igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad<sup>1137</sup>. De este modo, no debería incluirse referencia alguna en el convenio colectivo a la cuota de reserva, salvo que se pretenda mejorar, en el sentido de ampliar la obligación prevista en el artículo 42.1 del TRLGD. En todo caso, resultaría una labor efectiva de la negociación colectiva establecer cláusulas específicas de cumplimiento de dicha cuota, identificando las actividades y los puestos de trabajo más acordes a los perfiles profesionales de las personas con discapacidad<sup>1138</sup>.

Hay que considerar también la posibilidad, anunciada en la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, de facilitar el cumplimiento de la cuota, principalmente a través de la negociación colectiva, a la que podrían atribuirse legalmente competencias concretas. Lo cierto es que

---

<sup>1134</sup> FUNDACIÓN LARGO CABALLERO: *Impacto de la negociación colectiva sobre los trabajadores y trabajadoras con discapacidad*, Madrid, Fundación Largo Caballero, 2012, págs. 111 a 112.

<sup>1135</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y ROJO TORRECILLA, E.: «Responsabilidad social empresarial y colectivos desfavorecidos», en FERNÁNDEZ AMOR, J. y GALA DURÁN, C.: *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pág. 163

<sup>1136</sup> PUIG CAMPANY, M.: «La responsabilidad social en relación con el empleo público y las personas con discapacidad», en MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J. (Coordinador): *El empleo público y las personas con discapacidad*, op. cit., págs. 359 a 360. La autora recoge, a estos efectos, el contenido del «Informe sobre las conclusiones de la Subcomisión sobre Responsabilidad Social de la Empresa», publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie D general, 4 de agosto de 2006, núm. 424.

<sup>1137</sup> PEREZ BUENO, L.: *Manual para la negociación colectiva inclusiva...*, op. cit., pág. 14.

<sup>1138</sup> PEREZ BUENO, L.: *Manual para la negociación colectiva inclusiva...*, op. cit., pág. 61

esta previsión no ha tenido plasmación normativa dentro del ámbito de vigencia de la EGD.

Finalmente, y para evitar las dificultades derivadas del derecho administrativo sancionador en relación con los incumplimientos empresariales de las cláusulas convencionales de reserva de empleo, sería recomendable una modificación legislativa, en el sentido de incluir en la tipificación del artículo 15.3 del TRLISOS no solamente el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42.1 del TRLGD, sino también el del contenido de los convenios colectivos en materia de cuotas de reserva de empleo.

## **5.5 La excepcionalidad y las medidas alternativas a la contratación de trabajadores con discapacidad**

### **5.5.1 Planteamiento: ámbitos legal y convencional**

En el acuerdo entre el MTAS y el CERMI de 15 de octubre de 1997 se acogió favorablemente la posibilidad, que ya se había suscitado con anterioridad<sup>1139</sup>, de facilitar el cumplimiento de la cuota de reserva que entonces regulaba el artículo 38.1 de la LISMI aceptando que, excepcionalmente, las empresas pudieran 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, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral y siempre y cuando se acogieran a medidas alternativas. El desarrollo y la ejecución de tales medidas alternativas deberían ajustarse a los criterios que normativamente fueran establecidos. Estas medidas, también según el Acuerdo, podrían consistir en la realización de contratos de suministros y/o prestaciones de servicios con Centros Especiales de empleo en equivalencia adecuada en cómputo anual por cada trabajador dejado de contratar, o bien en la suscripción por el empresario de un convenio específico con el entonces denominado Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para la creación de empleo, conforme a los programas especiales para la creación colectiva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

---

<sup>1139</sup> CES: *Informe 5/95 sobre la situación del empleo...*, cit., pág. 68.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Lo cierto es que, como consecuencia del mencionado Acuerdo, y muy probablemente con la intención de hacer más efectiva la obligación de reserva y mejorar su grado de cumplimiento<sup>1140</sup>, la Disposición Adicional 39ª de la Ley 66/1997 modificó el artículo 38.1 de la LISMI para incorporar esta posibilidad de cumplimiento excepcional de la obligación de reserva a través de la aplicación de las medidas alternativas que se determinaran reglamentariamente. Este desarrollo reglamentario se llevó a cabo, inicialmente, por el Real Decreto 27/2000, al que ya nos hemos referido con anterioridad, hasta su derogación por el vigente 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. No obstante la sustitución de la norma reglamentaria, la Orden de 24 de julio de 2000, que desarrollaba el Real Decreto 27/2000, no ha sido sustituida una vez derogado éste, por lo que se mantiene en vigor en cuanto no contravenga lo dispuesto en el vigente Real Decreto 364/2005. Hay que tener en cuenta, por otra parte, que de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Segunda de esta última norma, las Comunidades Autónomas que hayan asumido el traspaso de la gestión realizada por el Servicio Público de Empleo Estatal en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, podrán acomodar el procedimiento de excepcionalidad a que nos venimos refiriendo a las normas propias de su organización interna<sup>1141</sup>.

El TRLGD no ha introducido novedades en esta materia, puesto que reproduce el contenido del artículo 38.1 de la LISMI, ahora derogado, estableciendo en su artículo 42.1, al referirse a la obligación de reserva de empleo, que “de manera

---

<sup>1140</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad...» op. cit., pág. 82.

<sup>1141</sup> Como consecuencia de esta previsión, han aparecido numerosas normas autonómicas relacionadas con este procedimiento. Es el caso, por ejemplo, del Decreto 322/2011, de 19 de abril, publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña de 21 de abril de 2011, sobre la aplicación de la cuota de reserva del 2 por 100 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. La Comunidad de Madrid ha desarrollado esta materia mediante la Orden 468/2007, de 7 de marzo, del Consejero de Empleo y Mujer, por la que se adapta a la organización de la Comunidad de Madrid, el procedimiento establecido en el citado RD 364/2005 (BOCM de 31 de marzo de 2007), y lo mismo han hecho la Comunidad Autónoma de Canarias con la Orden de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio de 29 de julio de 2009 (BOC de 11 de agosto de 2009), o la de Castilla-La Mancha con la Orden de 16 de diciembre de 2008 de la Consejería de Trabajo y Empleo (BOCM de 23 de diciembre de 2008), por citar algunos ejemplos.



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 TRLET, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente”. Así pues, encontraremos en el Real Decreto 364/2005 el contenido preciso de las situaciones de excepcionalidad, de las medidas alternativas y del procedimiento a seguir por parte de aquellas empresas que no puedan cumplir de manera directa el cupo de reserva mediante la contratación de trabajadores con discapacidad, sin que ello pueda ser entendido como una exención de la obligación de reserva, sino como un modo alternativo de dar cumplimiento a la misma<sup>1142</sup>.

Pero antes de entrar en el análisis de estas cuestiones, conviene realizar también en este ámbito una referencia al papel de la negociación colectiva, muy especialmente porque en este caso es el propio texto legal el que se dirige de manera expresa, aunque no especialmente precisa, a ella. En la redacción original, introducida por la Ley 66/1997, del artículo 38.1 de la LISMI, no se hacía referencia a la necesidad de aplicar medidas alternativas cuando la excepcionalidad tuviera origen en convenio colectivo, lo que hizo necesaria una nueva redacción del precepto, llevada a cabo por la Disposición Adicional 11ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, que no dejaba lugar a dudas de que tales medidas eran preceptivas en todas las situaciones de excepcionalidad, al exigir que estuvieran presentes “en ambos supuestos”, refiriéndose a la opción voluntaria del empresario y a la negociación colectiva. Lo cierto es que esta reforma se mostró extremadamente necesaria<sup>1143</sup>, puesto que antes de la misma se llegó a interpretar que mediante acuerdo sectorial las empresas podían

---

<sup>1142</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía», Relaciones Laborales, Tomo I, 2000, pág. 52.

<sup>1143</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La reforma de la regulación del empleo ...», op. cit., pág. 51.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

eximirse parcial o totalmente del cumplimiento de la obligación de reserva sin aplicar medidas alternativas<sup>1144</sup>.

Sea como fuere, lo cierto es que el legislador atribuye a la negociación colectiva sectorial estatal, e incluso a la sectorial de ámbitos inferiores en defecto de ésta, la posibilidad de que las empresas obligadas a reservar empleo para trabajadores con discapacidad queden exentas de tal obligación. Nada dice el artículo 42.1 del TRLGD sobre el contenido de estos acuerdos o sobre las posibilidades de los mismos en relación con el ámbito subjetivo de la obligación de reserva o el alcance de la propia cuota, limitándose únicamente a exigir que cuando una empresa quede total o parcialmente eximida del cumplimiento directo del cupo de reserva, aplique las medidas alternativas “que se determinen reglamentariamente”. Por tanto, podemos concluir que no podrá un convenio colectivo sectorial regular el contenido de las medidas alternativas a aplicar en sustitución de la contratación de trabajadores con discapacidad, ni el procedimiento para la determinación de las mismas. Tampoco la EGD apuntaba posibilidades de extensión en este ámbito, puesto que se limitó a encomendar al grupo de trabajo sobre empleo la identificación de buenas prácticas en la negociación colectiva para promover el cumplimiento de la cuota de reserva legal.

Por tanto, en el actual contexto normativo, a través de la negociación colectiva se podrá establecer lo siguiente:

- Las circunstancias y condiciones en las que una empresa obligada a reservar empleo para personas con discapacidad puede hallarse en una situación de excepcionalidad.
- El modo en que esa situación de excepcionalidad pueda afectar a la obligación de contratación de trabajadores con discapacidad. En este sentido, la exención de tal obligación puede ser total, permitiendo a la empresa no contar en su plantilla con ningún trabajador con discapacidad, o simplemente parcial.

---

<sup>1144</sup> Este fue el caso del Acuerdo Sectorial para la Construcción sobre Integración Social de Minusválidos, que fue enmendado por la SAN (Sala de lo Social) de 20 de enero de 1999 (AS 1999/108), posteriormente revocada por la STS de 21 de diciembre de 1999 (RJ 2000/525).

Una cuestión relevante en estos casos de excepcionalidad *ex convenio* es el matiz que introduce en los mismos el artículo 1 del Real Decreto 364/2005. Así, del contenido del artículo 42.1 del TRLGD parece deducirse que en estos supuestos no sería preceptiva la comunicación a la autoridad laboral de la situación de excepcionalidad que justifica la adopción de las correspondientes medidas alternativas, puesto que se dice que tal situación puede producirse a partir del señalado origen convencional o “bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral”. El uso del singular en este último participio parece referir tal obligación únicamente a los casos de opción del empresario, y no a aquellos establecidos a través de la negociación colectiva. Sin embargo, el artículo 1.3 del Real Decreto 364/2005 impone la obligación de solicitar a los Servicios Públicos de Empleo competentes la declaración de excepcionalidad a “las empresas señaladas en el apartado 1” de ese mismo artículo, en el que se hace referencia a los dos supuestos de excepcionalidad, el convencional y el individual, lo que imposibilitaría adoptar válidamente medidas alternativas en ausencia de declaración de excepcionalidad previa en estos términos<sup>1145</sup>. Ciertamente, parece lógica esta exigencia reglamentaria, considerando que corresponderá al organismo competente en esta materia resolver sobre la procedencia o no de la declaración de excepcionalidad y de las medidas alternativas propuestas, pero una vez más resulta recomendable un cambio en el texto de la norma con rango de ley, en este caso el TRLGD, que expresamente prevea que la comunicación a la autoridad laboral se hará en los términos reglamentariamente establecidos, permitiendo de este modo evitar las dudas de legalidad que en este ámbito se pudieran producir<sup>1146</sup>.

Hay que señalar, por último, que también es de apreciar otra discrepancia entre el contenido del artículo 42 del TRLGD y el de la norma reglamentaria. Así, mientras que en el primero se presentan las dos posibilidades de acceso a la situación de excepcionalidad como alternativas, el artículo 1.1 del Real Decreto 364/2005 dice

---

<sup>1145</sup> MORA GONZÁLEZ, V.: «Régimen jurídico del sistema español de empleo para personas con discapacidad», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad...*, op. cit., pág. 638. En el mismo sentido, BENAVIDES VICO, A.: *La equiparación laboral de las personas con discapacidad*, Barcelona, Mutua Intercomarcal, 2006, pág. 46.

<sup>1146</sup> Sin duda, la publicación del propio TRLGD pudo suponer una buena oportunidad para llevar a cabo esta necesaria corrección técnica, pero la propia técnica de delegación legislativa utilizada ha dificultado tal posibilidad.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

expresamente que la opción voluntaria del empresario podrá producirse únicamente “en ausencia de” los acuerdos recogidos en la negociación colectiva. Nada obsta a este planteamiento de la norma reglamentaria, e incluso debe ser reconocido como favorecedor del papel que la autonomía colectiva puede y debe jugar en esta materia, pero nuevamente se manifiesta un exceso regulador respecto del contenido del texto legal, de modo que también procedería en este caso una concordancia entre ambos que evitara los lógicos reparos que la situación actual merece, desde el punto de vista jurídico.

En definitiva, la negociación colectiva puede y debe tener un papel relevante en esta materia, si bien a juzgar por los resultados plasmados en convenios colectivos no lo ha jugado con la intensidad que era de esperar, y que la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad parecía demandar<sup>1147</sup>. A favor de que los convenios colectivos introduzcan cláusulas que prioricen la contratación directa de trabajadores con discapacidad frente a la aplicación de las medidas alternativas a la cuota de reserva, se ha destacado que la negociación colectiva puede servir como mecanismo para restringir el acceso de las empresas a las declaraciones de excepcionalidad favoreciendo, cuando tal situación sea real y constatada, la necesaria participación del tercer sector en la intermediación laboral que permita la contratación directa de trabajadores con discapacidad<sup>1148</sup>. No obstante, no es unánimemente compartida la opinión de que la negociación colectiva deba estar presente en este ámbito, entendiendo algunos autores que la posibilidad de una excepcionalidad negociada no plantea aparentemente ventajas, considerando que en todo caso deberá haber intervención administrativa, tanto respecto de la declaración de excepcionalidad como de las medidas alternativas a aplicar. Por otra parte, este sector doctrinal entiende que, atendiendo al carácter sensible de

---

<sup>1147</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La Estrategia Global de Empleo de las Personas con Discapacidad...», op. cit., pág. 50. El autor, no obstante entender que la llamada a una mayor participación de la negociación colectiva es un elemento no desdeñable, cree que su baja intensidad en este terreno no constituye una circunstancia especialmente grave.

<sup>1148</sup> PEREZ BUENO, L.: *Manual para la negociación colectiva inclusiva...*, op. cit., pág. 62.

la materia regulada y al escaso sentido práctico de la intervención sindical, lo más razonable debería ser la exclusión de la negociación colectiva en este ámbito<sup>1149</sup>.

### **5.5.2 Situaciones normativas de excepcionalidad. Procedimiento y cuestiones competenciales**

#### **A) Regulación de las situaciones de excepcionalidad**

Como ya hemos señalado anteriormente, una de las principales dificultades en la regulación de las medidas alternativas de carácter excepcional a la contratación de trabajadores con discapacidad es, precisamente, determinar las situaciones en las que se pueden producir, de modo que constituyan realmente una vía extraordinaria a la común de contratar personas con discapacidad por parte de las empresas obligadas a hacerlo por aplicación del artículo 42.1 del TRLGD. En este sentido, parece que el planteamiento de la norma sigue esta premisa, pero su aplicación práctica, muy especialmente como consecuencia de la gestión del empleo llevada a cabo por los Servicios Públicos competentes en esta materia, ha conseguido llegar a revertir la excepcionalidad hasta convertirla en normalidad, a pesar de que hay autores que entienden que la nota de excepcionalidad debe ser entendida en relación con la regla general, y no con la escasez de su presencia en la práctica<sup>1150</sup>. No obstante, la propia EGD reconocía que las medidas alternativas son un instrumento que las empresas pueden utilizar excepcionalmente y, por definición, de manera transitoria, de modo que “ni lo transitorio puede convertirse en permanente ni lo excepcional puede llegar a ser nunca la regla general”, evitando que las empresas utilicen la vía de la excepcionalidad para obviar actuaciones dirigidas a incrementar el empleo directo de trabajadores con discapacidad<sup>1151</sup>.

Hay que comenzar señalando que tanto el Real Decreto 364/2005, como su predecesor Real Decreto 27/2000, hicieron una lectura restrictiva del contenido del entonces vigente artículo 38.1 de la LISMI, igualmente predicable respecto del

---

<sup>1149</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», op. cit., págs. 21 a 22.

<sup>1150</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Centros especiales de empleo y cuota de reserva...», op. cit., pág. 58.

<sup>1151</sup> Pág. 22 de la EGD.

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

vigente artículo 42.1 del TRLGD, ya que ambos establecen la posibilidad, ya analizada, de que las empresas públicas o privadas puedan quedar exentas de la obligación de contratación de trabajadores con discapacidad por dos vías diferentes: negociación colectiva u opción voluntaria del empresario. En ambos casos, se condiciona la utilización de las medidas alternativas a la previa acreditación de una situación de excepcionalidad y a la correspondiente autorización administrativa.

En el artículo 42.1 del TRLGD no aparece expuesto este requisito, puesto que la única condición para la exención de contratación directa de trabajadores con discapacidad es la aplicación de “las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente”. Cabe, no obstante, entender que el Gobierno ha introducido en la normativa reglamentaria la exigencia de obtención de certificación de excepcionalidad como consecuencia de la expresión con la que se inicia el segundo párrafo de ese artículo 42.1: “de manera excepcional”. La lectura que hace el legislador reglamentario, sin duda, parte de que los acuerdos recogidos en la negociación colectiva podrían limitar, e incluso excluir, las posibilidades de los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de los mismos para utilizar las vías alternativas a la contratación de trabajadores con discapacidad, y quizá por eso se entienda que la referencia a la voluntariedad en el artículo 42.1 del TRLGD debe ser interpretada en el sentido de posibilidad no condicionada por la negociación colectiva. No obstante, parece una interpretación forzada, y lo deseable sería que la norma con rango de ley hubiera introducido las circunstancias que permiten determinar la existencia de una situación excepcional, dejando a la norma reglamentaria la regulación de los procedimientos para la declaración de esas situaciones.

En definitiva, en la norma reglamentaria se determinan los supuestos en los que se entiende que concurre el carácter excepcional que habilita esta peculiar vía de cumplimiento de la cuota de reserva, y que requieren la acreditación de esa excepcionalidad ante el correspondiente Servicio Público de Empleo, que además tiene la potestad de certificarla o no y, consecuentemente, de autorizar o denegar

las medidas alternativas propuestas por el empresario que invoca esa situación de excepcionalidad.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1.2 del Real Decreto 364/2005, se entiende que concurre la nota de excepcionalidad únicamente en dos supuestos<sup>1152</sup>:

- 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 aquella y concluirla con resultado negativo, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación indicada o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta. Se trataría de una excepcionalidad por imposibilidad de contratación, acreditada mediante el correspondiente certificado de gestión negativa o fracasada por parte del servicio de empleo. Hay que señalar, en este punto, que el artículo 22 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, consagra como uno de los principios básicos de la intermediación laboral la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, lo que supone que las agencias privadas de colocación deben garantizar este principio en su ámbito de actuación y, consecuentemente, no pueden rechazar demandas por motivos discriminatorios y deben atender a cualquier solicitante que reúna los requisitos objetivos requeridos<sup>1153</sup>.
- 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

---

<sup>1152</sup> Parece que este Real Decreto 364/2005 formula una lista tasada de supuestos, a diferencia de lo que ocurría en el Real Decreto 27/2000, que utilizaba la siguiente fórmula: "Se entenderá que concurre, entre otras causas, la nota de excepcionalidad...".

<sup>1153</sup> CHACARTEGUI JÁVEGA, C. y ANDRÉS VALLE MUÑOZ, F.: «La incidencia de las políticas sociolaborales en las fuentes del Derecho del Trabajo», en RUIZ VIÑALS, C. (Coord.): *Políticas sociolaborales. Un enfoque pluridisciplinar*, Barcelona, Editorial UOC, 2004, pág. 453.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

plantilla de la empresa. En este caso, estaríamos ante una situación de excepcionalidad derivada de la incapacidad, objetivamente acreditada y por las causas señaladas, de contratación por parte de la empresa, que podrá ser justificada mediante certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa solicitante.

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

En definitiva, queda en el aire la duda de si el Gobierno ha hecho un uso excesivo de su potestad reglamentaria al regular la declaración de la situación de excepcionalidad y la validación de las medidas alternativas por parte de los servicios públicos de empleo. En todo caso, es evidente que este intento de restringir los supuestos de utilización de este cauce alternativo y excepcional de cumplimiento de la obligación de reserva choca frontalmente con la facilidad con la que la mayoría de las empresas obtienen la certificación de la excepcionalidad y el generoso catálogo de medidas alternativas del que disponen<sup>1154</sup>. En este

---

<sup>1154</sup> El Informe *IBEX-35:2010: Estudio DisCert España*, basado en el análisis de las Memorias Corporativas de 2009 de 19 empresas pertenecientes al IBEX-35 (54% del total), pone de manifiesto que 12 de esas 19 empresas obtuvieron la declaración de excepcionalidad y aplicaron medidas alternativas en el año 2009. En el mismo informe destacan datos tan reveladores como



sentido, quizá hubiera sido recomendable omitir la referencia a la “opción voluntaria del empresario” en el TRLGD, exigiendo que en todos los casos – también en los derivados de la negociación colectiva- la situación de excepcionalidad deba derivar de circunstancias objetivas, ajenas a la voluntad del empresario y debidamente acreditadas por éste, que razonablemente justifiquen la imposibilidad o la evidente dificultad de incorporar trabajadores con discapacidad a la empresa. También el procedimiento, como veremos más adelante, debería favorecer este planteamiento de la excepcionalidad y permitir que juegue un papel subsidiario en el cumplimiento de la cuota de reserva, algo que no se ve favorecido por el silencio administrativo negativo<sup>1155</sup>.

### **B) La gestión de ofertas de empleo y la justificación de la excepcionalidad por esta vía**

Esta primera vía para la obtención de la declaración de excepcionalidad ha venido siendo la más utilizada por las empresas que “voluntariamente” han decidido utilizar un mecanismo alternativo de cumplimiento de su obligación de reserva en la contratación de trabajadores con discapacidad. El éxito de esta vía en la práctica puede deberse a alguno de estos tres factores, o quizá a la conjunción de todos ellos:

- Formalmente, es el procedimiento más sencillo de tramitar, puesto que el detonante del proceso es la presentación de una oferta de empleo en cualquiera de las oficinas de empleo del territorio español.
- Materialmente, durante un largo periodo de tiempo, y como consecuencia de una acusada falta de especialización en los Servicios Públicos de Empleo en materia de empleo de trabajadores con discapacidad, también

---

que esas 19 grandes empresas presentaban unas plantillas totales de 701.756 trabajadores, y acreditaban la contratación de un total de 6.750 trabajadores con discapacidad. La cuota resultante de estos datos arroja el decepcionante porcentaje del 0,96 por 100. Salvo REPSOL YPF, ACCIONA y ACS, ninguna otra de las empresas analizadas en el informe cumple con contrataciones directas la cuota de reserva de trabajadores con discapacidad. Por otra parte, el importe total de las medidas alternativas que acreditaban aplicar estas empresas superó, en ese año 2009, los 19,1 millones de euros, lo que hace que, sumando las contrataciones directas y las medidas alternativas, algunas de las empresas objeto de estudio se hallen por encima del 2 por 100 de cuota de reserva. Texto disponible en [www.discert.org](http://www.discert.org). Consultado en marzo de 2014.

<sup>1155</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», op. cit., pág. 18.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

se trataba de la vía más prometedora para aquellos empresarios que tenían ya tomada la decisión de no contratar trabajadores con discapacidad, o que preferían aplicar medidas alternativas. Hasta el inicio de la crisis de empleo en España, la probabilidad de que no existieran candidatos con discapacidad ajustados a los perfiles de las ofertas de empleo que presentaban los empresarios obligados al cumplimiento de la cuota de reserva, era realmente alta<sup>1156</sup>.

- Por otra parte, esta vía permite el acceso a la declaración de excepcionalidad a todo tipo de empresarios y en todo tipo de circunstancias económicas o productivas, de modo que no exige una acreditación adicional de la situación de la empresa.

Súmese a las expresadas circunstancias la de que, cuando resulta el Servicio Público de Empleo Estatal competente para resolver la solicitud de declaración de excepcionalidad<sup>1157</sup>, la práctica habitual ha venido siendo la ausencia de resolución dentro del plazo establecido en la norma<sup>1158</sup>, operando de este modo el silencio administrativo positivo que la misma prevé y concluyendo, consecuentemente, el proceso con la certificación administrativa de la situación de excepcionalidad y la autorización de las medidas alternativas propuestas por la empresa solicitante<sup>1159</sup>. No obstante, hay que señalar en este punto que en modo alguno la inacción administrativa puede permitir la validación de una medida alternativa no ajustada a lo establecido en el artículo 2 del Real Decreto 364/2005

---

<sup>1156</sup> Incluso actualmente, en una grave situación de desempleo, la obtención de la excepcionalidad por esta vía sigue siendo muy frecuente.

<sup>1157</sup> Se dará esta circunstancia, como veremos, en el caso de que en ninguna Comunidad Autónoma se concentre al menos el 85 por 100 de la plantilla total de la empresa. Esta posibilidad será tanto más probable cuanto mayor dimensión tenga la empresa y, consecuentemente, es mucho más frecuente en empresas de tamaño medio y grande, que son precisamente las obligadas por la cuota de reserva, que en empresas pequeñas.

<sup>1158</sup> El artículo 1 del Real Decreto 364/2005 establece que el plazo para resolver sobre la excepcionalidad solicitada será de dos meses, contados desde la fecha de presentación de la solicitud.

<sup>1159</sup> Uno de los cambios operados por el Real Decreto 364/2005 respecto del anterior Real Decreto 27/2000 consiste en que actualmente la solicitud del empresario comprende tanto la declaración de excepcionalidad como la propuesta de medidas alternativas. Anteriormente, existían dos momentos procedimentales distintos para ello, debiendo obtenerse en primer término la declaración de excepcionalidad para posteriormente solicitar la estimación de las medidas alternativas propuestas por parte del Servicio Público de Empleo.

y, por tanto, la ausencia de resolución expresa frente a la solicitud de declaración de excepcionalidad podrá suponer, como ya se ha dicho, la afirmación presunta de esa situación, pero en ningún caso podrá suponer la automática validación de las medidas aplicadas, que deberán ajustarse a las establecidas en la norma<sup>1160</sup>.

Además de estas cuestiones de carácter procedimental, nada desdeñables a la hora de valorar el alcance de la utilización de esta vía de obtención de la declaración de excepcionalidad, la misma presenta algunos aspectos problemáticos que merecen comentario y valoración:

- En primer lugar, hay que señalar que la empresa que inicia esta vía debe tener una verdadera intención de contratar personas con discapacidad, circunstancia que en la práctica no se da en todos los casos. Así, en ocasiones el objetivo principal de la empresa es precisamente la obtención de la declaración de excepcionalidad, y ante la imposibilidad de hacerlo por la vía causal<sup>1161</sup> decide iniciar la de ofrecer puestos de trabajo a personas con discapacidad, con la esperanza de que las ofertas no sean cubiertas y ello le pueda permitir obtener la declaración de excepcionalidad y aplicar medidas alternativas<sup>1162</sup>. Se ha llegado incluso a plantear la posibilidad de que, en aquellos casos en que el Servicio Público de Empleo facilite a las empresas que presentan las ofertas de empleo candidatos con discapacidad que el empresario no considera idóneos, no debería concurrir

---

<sup>1160</sup> Lo cierto es que, como veremos en este mismo capítulo, hay que reconocer la presencia de evidentes dificultades a la hora de aplicar en estos supuestos el derecho administrativo sancionador, puesto que la imputación al empresario que no aplica debidamente una medida alternativa del dolo o la culpa necesarios para la apreciación de la comisión de la infracción administrativa tipificada en el artículo 15.3 del TRLISOS puede chocar claramente con el hecho de que, al menos formalmente y mediante una resolución presunta, cuenta con una autorización administrativa para hacerlo. Agrava la cuestión el hecho de que, en todos los casos en que ha sido requerido para ello, el Servicio Público de Empleo Estatal ha certificado oficialmente la ausencia de resolución en el plazo establecido y los consecuentes efectos positivos que en la solicitud presentada por la empresa tiene esta inacción administrativa.

<sup>1161</sup> Puede suceder que en la empresa no se de ninguna de las circunstancias económicas, técnicas, organizativas o productivas que le pudieran permitir obtener por esa vía la certificación de la excepcionalidad.

<sup>1162</sup> En algunos casos, el proceso histórico ha sido el contrario al previsto por el legislador: la empresa comprueba que ya tiene alguna contratación mercantil con un Centro Especial de Empleo o está realizando alguna donación que, de contar con la preceptiva declaración de excepcionalidad, constituirían medidas alternativas válidas. De este modo, puede generarse la sensación en la empresa de que la obtención de la certificación de la excepcionalidad constituye un mero trámite administrativo y se aprecia, en estos supuestos, un evidente interés en que las ofertas de contratación de personas con discapacidad resulten fallidas.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

la nota de excepcionalidad y, por tanto, quedaría vedado para estas empresas el acceso a las medidas alternativas<sup>1163</sup>.

- En línea con lo dicho anteriormente, la empresa debe presentar ofertas de empleo reales, referidas a puestos de trabajo existentes en la empresa, pero vacantes, bien porque cesó el trabajador que los ocupaba o bien porque son de nueva creación. En este sentido, la presentación de ofertas de empleo aparentes o ficticias, relativas a puestos de trabajo inexistentes, podría suponer, como analizaremos más adelante, la comisión por parte del empresario de la infracción muy grave tipificada en el artículo 16.2 del TRLISOS<sup>1164</sup> y, consecuentemente, la imposición de una sanción administrativa. Las sanciones por infracciones muy graves en materia de empleo tienen una cuantía de entre 6.251 y 187.515 euros.
- Idéntica valoración merecen aquellos supuestos en los que la empresa presenta una oferta de empleo para trabajadores con discapacidad cuya cobertura es claramente imposible o presenta una gran dificultad en términos de perfil profesional o de las condiciones de acceso que se exigen. En este sentido, puede constituir también infracción administrativa, por discriminación en el acceso al empleo, ofrecer a los trabajadores con discapacidad este tipo de puestos de trabajo si se constata una de estas dos circunstancias: que, de ser éste el caso, la persona que ocupaba anteriormente el puesto ofertado no cumplía todos o parte de los requisitos que ahora se exigen para el acceso al mismo de un trabajador con discapacidad; o bien que la empresa dispone de otros puestos de trabajo vacantes, que ofrece con carácter general a todos los trabajadores, reservando para las ofertas específicas para trabajadores con discapacidad aquéllos cuya cobertura razonablemente se presenta como más dificultosa.

---

<sup>1163</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», op. cit., pág. 14.

<sup>1164</sup> "...establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad..."

- Por otra parte, la negociación colectiva puede introducir también variables que dificulten la concreción de la situación de excepcionalidad, llegando a exigir para que pueda ser apreciada la misma que los Servicios Públicos de Empleo no hayan facilitado ningún candidato con discapacidad adecuado<sup>1165</sup>. Se suscita nuevamente, en esta materia, el problema de la diferencia de regulación entre el artículo 42.1 del TRLGD y el artículo 1 del Real Decreto 364/2005 al que nos hemos referido en este mismo apartado, y que en los términos de este último precepto impediría a la empresa ir por la vía de la mal denominada “opción voluntaria”, puesto que ésta únicamente podría presentarse en ausencia de regulación convencional.

Se trata, en definitiva, de evitar que esta vía de obtención de la declaración de excepcionalidad no permita amparar supuestos en los que la empresa solicitante parte de un planteamiento claramente contrario a la contratación de trabajadores con discapacidad, lo que puede provocar que se incurra en conductas infractoras especialmente reprobables, por discriminatorias. Conviene recordar, en este sentido, que el artículo 21.bis.4 de la Ley 56/2003, de Empleo, establece que las agencias de colocación deberán cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad y, en particular, velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y profesional requerido, a fin de no excluir del acceso al empleo a las personas con discapacidad.

Hay que señalar, por último, que las ofertas de empleo pueden ser presentadas por la empresa en cualesquiera oficinas de empleo o agencias de colocación legalmente constituidas, si bien la solicitud de la declaración de excepcionalidad fundada en el fracaso de tales ofertas deberá ser presentada únicamente ante el Servicio Público de Empleo territorialmente competente, que será el estatal o el

---

<sup>1165</sup> Sirva como ejemplo el Convenio Colectivo de la provincia de Alicante del comercio del mueble, cestería y artículos de mimbre y junco para los años 2012 y 2013 (BOP nº 109 de 8 de junio de 2012), cuya Disposición Adicional Cuarta establece que podrá sustituirse la obligación de contratación directa por parte de las empresas obligadas a cubrir el cupo del 2 por 100 de trabajadores con discapacidad por las medidas alternativas que establece la normativa vigente, en el caso de que, para cubrir este porcentaje de la plantilla, no se haya presentado ningún candidato con discapacidad adecuado al puesto de trabajo. Bien es cierto, no obstante, que en este caso el término “adecuado” puede abrir la puerta a un rechazo empresarial a un candidato por inadecuación funcional o profesional para el puesto de trabajo ofertado.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

de la Comunidad Autónoma en la que radique al menos el 85 por 100 de la plantilla de la empresa<sup>1166</sup>. A la solicitud, en todo caso, debe acompañarse la certificación de la gestión negativa de las ofertas de empleo presentadas en la Oficina o en las Oficinas de Empleo en que se han tramitado tales ofertas. Finalmente, tanto en este caso como en el de la vía causal que veremos a continuación, la declaración de excepcionalidad podrá ser total o parcial, de manera que en la resolución deberá explicitarse el alcance de la misma y el número de trabajadores con discapacidad que podrá ser cubierto por estas vías indirectas.

### **C) La vía causal: excepcionalidad por cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico**

Como ya hemos visto, el Real Decreto 364/2005 establece una segunda vía de obtención de la declaración de excepcionalidad, específicamente referida a empresas que presentan determinadas características que razonablemente permiten suponer que no se hallan en condiciones de celebrar contratos de trabajo con trabajadores con discapacidad. En realidad, la primera cuestión que se nos plantea es si la incapacidad de la empresa para contratar debe venir referida únicamente a trabajadores con discapacidad o si debe tratarse de una situación que objetivamente haga imposible la contratación de cualquier tipo de trabajador. El Real Decreto 364/2005 resuelve esta primera duda en el primero de los sentidos apuntados, puesto que exige que las causas de tipo productivo, técnico, organizativo o económico que alegue la empresa deben motivar una especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a su plantilla. No obstante, habrá que convenir que la especial dificultad, objetivamente acreditada, por parte de la empresa de realizar contrataciones laborales de cualquier tipo

---

<sup>1166</sup> En este aspecto se han podido apreciar también algunas disfunciones administrativas, derivadas del hecho de que en algunos casos una empresa ha solicitado la declaración de excepcionalidad en tantos servicios públicos de empleo como territorios en los que ha presentado ofertas de empleo para trabajadores con discapacidad. En este sentido, hay que recordar que el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho cuando han sido dictados por "órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio". Lógicamente, esta nulidad afectaría tanto a las resoluciones administrativas expresas como a las presuntas, derivadas del silencio administrativo positivo.

resultará también válida a estos efectos, si bien la alegación de esta circunstancia podría quedar condicionada al comportamiento empresarial en materia de contratación, puesto que una apreciable activación de la misma respecto de trabajadores que no tienen certificada la discapacidad podría plantear dudas razonables sobre la eventual comisión por parte de la empresa de alguna infracción administrativa en materia de empleo, como ya se ha comentado en el apartado anterior. Por otra parte, el Real Decreto 364/2005 presenta una lista tasada de causas que pueden activar la situación de excepcionalidad, mientras que la Orden de 24 de julio de 2000 hace una referencia abierta a las mismas, por lo que en este punto se excede claramente de su cometido de desarrollo de la norma de rango superior<sup>1167</sup>.

En este supuesto, se plantean la mayoría de cuestiones y problemas que son comunes a toda regulación que recurre a la causalidad como circunstancia para legitimar objetivamente determinadas decisiones empresariales. Así ocurre, por ejemplo, en el marco de la relación laboral común regulada en el TRLET, con la regulación de la movilidad geográfica (artículo 40), la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 41), la suspensión del contrato o la reducción de la jornada (artículo 47), el despido colectivo (artículo 51), la extinción del contrato por causas objetivas (artículo 52) o la inaplicación de determinadas condiciones de trabajo recogidas en el convenio colectivo (artículo 82.3). El contenido de los preceptos relacionados ha venido siendo objeto de continuas y sucesivas modificaciones, algunas tan relevantes como las llevadas a cabo por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

No obstante, y a pesar de la falta de concreción de las causas en el Real Decreto 364/2005, que perfectamente pudiera resultar aliviada por la negociación

---

<sup>1167</sup> La explicación a esta discordancia se halla en que el Real Decreto 27/2000, al que desarrollaba la Orden de 24 de julio de 2000, en su artículo 3.1, utilizaba la expresión “entre otras cuestiones”, a la hora de referirse a las peculiaridades de carácter productivo, organizativo, técnico, económico, etc., que pudieran motivar la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa. El artículo 1.2.b) del vigente Real Decreto 364/2005 elimina la expresión “entre otras cuestiones” y el “etc.” que aparecía al final del párrafo en el Real Decreto 27/2000.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

colectiva<sup>1168</sup>, no parece que se pueda trasladar inmediatamente el contenido de los preceptos señalados anteriormente, por lo que hace referencia a la consideración de las causas que establecen, a la normativa reguladora de la aplicación de medidas alternativas a la contratación de trabajadores con discapacidad, resultando más procedente en este ámbito una apreciación restrictiva de tales causas<sup>1169</sup>. Por otra parte, y aunque pudiera plantearse tal posibilidad, lo cierto es que ni siquiera en todos los preceptos del TRLET en los que se hace referencia a las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, se contiene una definición uniforme de todas ellas<sup>1170</sup>, por lo que difícilmente se puede crear una conceptualización genérica de las mismas a otros efectos.

Así pues, en este supuesto parece razonable concluir que el Servicio Público de Empleo competente procederá a la valoración de las circunstancias alegadas por la empresa a fin de determinar si se dan o no las causas que invoca, debiendo además apreciar si tales circunstancias motivan o no en cada caso la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa, tal como establece el artículo 1.2.b del Real Decreto 364/2005. También razonable parece, aunque expresamente no se diga en el precepto, que semejante ponderación por parte de la autoridad administrativa en este ámbito incluya un juicio de proporcionalidad que permita determinar la idoneidad del reconocimiento de la situación de excepcionalidad y, consecuentemente, la aplicación de medidas alternativas a la contratación de trabajadores con discapacidad en estos casos.

---

<sup>1168</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Centros especiales de empleo y cuota de reserva...», op. cit., pág. 59.

<sup>1169</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», op. cit., págs. 19 a 20. El autor entiende que hay que considerar, preceptiva y prioritariamente, las posibilidades de aplicar las obligaciones de adaptación de los empresarios y la realización por parte de éstos de los ajustes razonables legalmente establecidos.

<sup>1170</sup> Sirva como ejemplo que para el despido colectivo, regulado en el artículo 51 del TRLET, presume el legislador, *iuris et de iure*, que la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas de una empresa queda acreditada si durante tres trimestres consecutivos el nivel de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior, mientras que idéntica circunstancia requiere que se produzca durante dos trimestres consecutivos si lo que se pretende es la inaplicación de determinadas condiciones de trabajo del convenio colectivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 82.3 del propio TRLET.



Sea como fuere, una vez presentada ante el Servicio Público de Empleo competente la solicitud de declaración de excepcionalidad, ya sea como consecuencia del fracaso acreditado del intento de contratar trabajadores con discapacidad o por circunstancias especiales debidamente justificadas por la empresa solicitante, el plazo para resolver sobre la excepcionalidad solicitada será de dos meses, contados desde la fecha de presentación de la solicitud, operando en caso de ausencia de resolución en plazo el silencio administrativo positivo, como ya hemos visto. La declaración de excepcionalidad tendrá una validez de tres años desde la fecha de la resolución, debiendo las empresas solicitar una nueva declaración una vez transcurrido dicho plazo, en el caso de persistir la obligación principal y - aunque no se diga expresamente en el Real Decreto 364/2005 - siempre que las circunstancias que justifiquen el mantenimiento de la situación de excepcionalidad u otras nuevas permitan declarar una nueva situación de este tipo.

Para finalizar este apartado, hay que señalar que en la regulación de la excepcionalidad y en la del procedimiento administrativo que se inicia con la solicitud de los empresarios que la invocan, ni una sola referencia contiene el Real Decreto 364/2005 a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Sin embargo, la Orden de 24 de julio de 2000, que desarrollaba el hoy derogado Real Decreto 27/2000<sup>1171</sup>, estableció la posibilidad de que el Servicio Público de Empleo competente, para resolver la solicitud de declaración de excepcionalidad, pidiera informe a la Inspección sobre circunstancias tales como la naturaleza de la actividad de la empresa, el tipo de ocupaciones habitualmente demandadas, o el hecho de encontrarse afectada por procesos de regulación de empleo. También se prevé en la propia Orden de 24 de julio de 2000 que los mismos Servicios Públicos pudieran solicitar informe a la Inspección sobre la concurrencia de las circunstancias previstas en relación con la declaración de excepcionalidad, así como sobre la duración de la validez de la resolución, informe que debe ser emitido en el plazo de quince días.

---

<sup>1171</sup> Tampoco contenía esta norma referencia alguna a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Cabe entender que estas posibilidades de actuación previa de la Inspección siguen vigentes, si bien en el caso de los informes sobre la duración de la validez de la resolución ya no procede, por cuanto el Real Decreto 364/2005 ha establecido un único plazo de validez de tres años<sup>1172</sup>. Por otra parte, para facilitar el control posterior del cumplimiento de la obligación de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad por esta vía alternativa derivada de situaciones de excepcionalidad, el artículo 5.2 de la propia Orden de 24 de julio de 2000 establece que el Servicio Público de Empleo dará traslado a la Inspección de las comunicaciones recibidas por parte de las empresas declaradas en situación de excepcionalidad respecto de las contrataciones civiles o mercantiles realizadas en sustitución de la obligación principal<sup>1173</sup>. Sobre el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en este ámbito, quizá fuera conveniente reforzar las actuaciones previas a la resolución de la situación de excepcionalidad, convirtiendo el informe de la Inspección en preceptivo.

Además, las certificaciones e informes de las entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa solicitante, a los que hace referencia el Real Decreto 364/2005, debieran ser solicitados de oficio por parte del Servicio Público de Empleo<sup>1174</sup>, si bien, considerando las implicaciones que en la actividad de los Centros Especiales de Empleo puede tener el reconocimiento de situaciones de excepcionalidad, esta propuesta debe referirse únicamente a las entidades públicas. No obstante, difícilmente prosperarán propuestas de este tipo si tenemos en cuenta, por una parte, la extraordinaria dinámica que estas situaciones tienen en la práctica y que las han convertido prácticamente en comunes<sup>1175</sup>, y por otra la acusada tendencia que las últimas reformas laborales

---

<sup>1172</sup> En el Real Decreto 27/2000 ese plazo era de dos años, ampliable a tres.

<sup>1173</sup> Las empresas están obligadas a efectuar esta comunicación en el plazo del mes siguiente al de la formalización de tales contrataciones.

<sup>1174</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», op. cit., pág. 18.

<sup>1175</sup> En una Proposición no de Ley presentada en el Congreso de los Diputados el día 3 de mayo de 2012 por el Grupo Parlamentario IU-ICV-CHA: La Izquierda Plural, se denunciaba por parte de los Diputados que presentaron tal iniciativa la "laxitud" con la que se aplica el Real Decreto 364/2005, que permite sustituir contratación directa por la adopción de forma "excepcional" de medidas alternativas de contratación de bienes y servicios con Centros Especiales de Empleo, entre otras. Según estos Diputados, "el problema es que la excepcionalidad se constituye en

muestran a minimizar el control administrativo previo en el ámbito de la regulación de las relaciones laborales.

#### **D) La competencia territorial y las obligaciones formales**

Como ya se ha señalado, el Real Decreto 364/2005 establece en su artículo 6 que la competencia para dictar las resoluciones y efectuar el seguimiento en relación con la declaración de excepcionalidad y las medidas alternativas a la contratación de trabajadores con discapacidad corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal o a los servicios públicos de empleo autonómicos<sup>1176</sup>, en razón al territorio en que esté ubicada la empresa, de manera que cuando ésta radique en una sola Comunidad Autónoma, la competencia se ejercerá por el Servicio Público de Empleo autonómico, mientras que cuando la empresa disponga de centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma, la competencia corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal<sup>1177</sup>. No obstante, y ello constituye una novedad con respecto a la regulación anterior<sup>1178</sup>, en el supuesto de que al menos el 85 % de la plantilla se concentre en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, será competente el correspondiente Servicio Público de Empleo autonómico.

Esta cuestión de la competencia territorial ha resultado especialmente sensible para algunas comunidades autónomas desde el inicio de la regulación del procedimiento de declaración de la excepcionalidad, hasta el punto de que el Gobierno de la Generalitat de Cataluña interpuso el día 5 de diciembre de 2000 ante el TC un conflicto positivo de competencia respecto del artículo 8 de la Orden de 24 de julio de 2000 por vulneración de las competencias ejecutivas

---

norma". Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 11 de mayo de 2012.

<sup>1176</sup> En algunas ocasiones la competencia se ha atribuido a otros organismos. Es el caso de Cataluña, que ha atribuido esta competencia a la Dirección General de Relaciones Laborales del Departamento de Empresa y Empleo de la Generalitat de Cataluña.

<sup>1177</sup> Deberá resolver, en estos casos, el Director General del Servicio Público de Empleo Estatal.

<sup>1178</sup> El artículo 8 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 24 de julio de 2000 establecía que la competencia para dictar las resoluciones correspondía, en atención al domicilio del centro de trabajo de la empresa, al Director provincial del Instituto Nacional de Empleo, resultando competentes los servicios públicos de empleo autonómicos cuando la totalidad de centros de trabajo se hallasen en una sola comunidad autónoma. En la práctica, y tratándose de empresas de 50 o más trabajadores, este planteamiento suponía relegar a la categoría de testimonial la competencia autonómica en esta materia.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

autonómicas al asignarse a un órgano estatal la aplicación de las medidas administrativas que hubieran de adoptarse en relación con las empresas que contasen con centros de trabajo en más de una comunidad autónoma. Este conflicto es resuelto por STC 194/2011, de 13 de diciembre<sup>1179</sup>, en el sentido de estimar la pretensión del Gobierno catalán al declarar que el precepto cuestionado vulnera las competencias de la Generalitat de Cataluña por cuanto, a juicio del TC, la actuación ejecutiva discutida en este caso ha de corresponder a la Comunidad Autónoma en tanto que titular de las competencias de ese carácter. No obstante, en la Sentencia comentada no hay pronunciamiento sobre el contenido de la vigente regulación de la competencia territorial –artículo 6 del Real Decreto 364/2005- puesto que de manera expresa se señala que, en la medida en que el conflicto se circunscribe a lo previsto en el párrafo segundo del art. 8 de la Orden ministerial de 24 de julio de 2000, a ese párrafo ha de limitarse el pronunciamiento que contiene la propia Sentencia 194/2011. Sea como fuere, la regulación actual parece adecuada, puesto que permite la intervención de los órganos autonómicos cuando la presencia de la empresa es notable en su ámbito territorial, centralizando el procedimiento en los restantes casos.

Finalmente, el Real Decreto 364/2005 contiene algunas obligaciones formales relevantes en relación con las situaciones de excepcionalidad y la aplicación de medidas alternativas a la contratación de trabajadores con discapacidad. Como ya se ha señalado, la Orden de 24 de julio de 2000, que desarrollaba el contenido del Real decreto 27/2000, permanece vigente en cuanto no se contradiga con la actual regulación, y también contiene alguna de las mencionadas obligaciones formales. Podemos destacar las siguientes:

a) Obligaciones formales de las empresas solicitantes:

- Cuando así lo exijan los servicios públicos de empleo competentes, las empresas solicitantes de la declaración de excepcionalidad deberán aportar certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa

---

<sup>1179</sup> BOE de 11 de enero de 2012.

solicitante, que acrediten la existencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas alegadas<sup>1180</sup>.

- Conviene recordar que actualmente el Real Decreto 364/2005 exige que, junto con la solicitud de la declaración de excepcionalidad, la empresa debe optar por alguna de las medidas alternativas previstas en la norma, siendo resueltas ambas circunstancias en una única resolución. Por ello, a la mencionada solicitud deberá acompañar, cuando se trate de contratación mercantil o civil con Centros Especiales de Empleo o trabajadores autónomos con discapacidad, la determinación del 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. Si se trata de una donación, se recogerá la fundación o asociación de utilidad pública destinataria, el número de contratos con trabajadores con discapacidad a los que vaya a sustituir la medida y el importe de la misma. Por último, cuando se trate de la constitución de un enclave laboral, se recogerán los datos identificativos del Centro Especial de Empleo con el que se suscriba el correspondiente contrato, el número de trabajadores con discapacidad que se van a ocupar en el enclave laboral y el número de trabajadores con discapacidad dejados de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento a los que equivale la medida.
- Las empresas que opten por la aplicación de las medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de reserva deberán remitir anualmente al Servicio Público de Empleo competente una memoria<sup>1181</sup> en la que se haga constar una descripción detallada del cumplimiento de la medida alternativa prevista.

---

<sup>1180</sup> El artículo 3 de la Orden de 24 de julio de 2000 estableció además, como vimos, que el Servicio Público de Empleo podrá solicitar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se emitirá en el plazo de quince días, sobre las circunstancias alegadas por la empresa.

<sup>1181</sup> El Servicio Público de Empleo remitirá una copia de esta memoria a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

### **b) Obligaciones formales de los Centros Especiales de Empleo y de las fundaciones y asociaciones de utilidad pública**

- Los Centros Especiales de Empleo que celebren contratos mercantiles con las empresas en situación de excepcionalidad deberán presentar anualmente una memoria al Servicio Público de Empleo correspondiente, en la que especificarán los recursos que han obtenido por esta vía y que han sido destinados a la prestación de servicios de ajuste personal o social que requieran sus trabajadores con discapacidad y a las acciones que promuevan su tránsito hacia el mercado de trabajo no protegido, tales como la formación permanente de los trabajadores con discapacidad o la adaptación de éstos a las nuevas tecnologías.
- También las fundaciones o asociaciones de utilidad pública que perciban donaciones de las empresas declaradas en situación de excepcionalidad deberán presentar la mencionada memoria anual, en la que determinarán el destino de los fondos percibidos por esta vía en relación con el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad.

### **5.5.3 Las medidas alternativas: contenido y delimitación**

#### **A) Tipos de medidas alternativas**

A tenor de lo dispuesto en el artículo 2.1 del Real Decreto 364/2005, y en concordancia con el contenido del artículo 42.1 del TRLGD, las empresas que, habiendo acreditado la concurrencia de alguna de las circunstancias que justifican una situación de excepcionalidad hayan obtenido la preceptiva resolución administrativa, quedarán total o parcialmente exentas de la obligación de cubrir el cupo de reserva del 2 por 100 de empleo para trabajadores con discapacidad mediante contrataciones laborales, pudiendo aplicar para cumplir esa obligación alguna de las siguientes medidas alternativas:

- 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. Como veremos más adelante, la fórmula resulta ambigua y genera serios problemas interpretativos, puesto que la utilización del adjetivo “normal” dificulta notablemente la delimitación de las actividades de los contratistas en esta medida alternativa.
- c) Realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas 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<sup>1182</sup>.

---

<sup>1182</sup> Respecto de las medidas alternativas que pueden aplicar las empresas en situación de excepcionalidad, es ésta la única novedad que el Real Decreto 364/2005 presenta respecto del derogado Real Decreto 27/2000.

## **B) Posibilidades de aplicación de las distintas medidas alternativas**

La medida o las medidas alternativas a aplicar por parte de la empresa obligada a reservar empleo deben ser solicitadas junto con la declaración de excepcionalidad, y la resolución administrativa deberá pronunciarse sobre ambos extremos<sup>1183</sup>. Naturalmente, de no acogerse favorablemente la pretensión de excepcionalidad, no habrá lugar a resolver sobre las medidas alternativas propuestas por la empresa, que deberá cumplir directamente la cuota de reserva. No obstante, si la resolución reconociera la situación de excepcionalidad, pero lo hiciera de modo que la empresa quedara parcial y no totalmente exenta de la obligación de contratar trabajadores con discapacidad, las medidas alternativas autorizadas permitirán cubrir únicamente la parte de cuota de reserva declarada parcialmente exenta<sup>1184</sup>. Finalmente, en el caso de que sea reconocida tal situación de excepcionalidad de modo total, la resolución puede acoger favorablemente, en todo o en parte, las medidas alternativas propuestas, o rechazarlas. En ambos casos, la parte que no pueda ser cubierta con esas medidas alternativas, por haber sido rechazadas total o parcialmente en vía administrativa, deberá ser cubierta por la empresa obligada de manera directa.

No se prevé en el Real Decreto 364/2005 la posibilidad de que la empresa, ante el rechazo de las medidas alternativas incluidas en su solicitud, realice una nueva propuesta. No obstante, parece razonable admitir que el Servicio Público de Empleo competente pueda admitir este incidente procedimental, dentro de los

---

<sup>1183</sup> Como ya hemos señalado, se aprecia en este aspecto un cambio en el contenido del Real Decreto 364/2005 respecto de su predecesor Real Decreto 27/2000, puesto que en esta última norma se resolvía en primer término la solicitud de declaración de excepcionalidad para proceder a continuación, en caso de que la pretensión fuera acogida favorablemente por parte del organismo competente, a hacer lo propio con las medidas alternativas propuestas por la empresa. Lo cierto es que se ha simplificado el procedimiento pero, como veremos más adelante, se han generado numerosos problemas prácticos al concentrar en una única resolución la respuesta a ambas cuestiones.

<sup>1184</sup> Se han dado casos, en la práctica, de este tipo, si bien son escasos. Así, por ejemplo, en el caso de una clínica oftalmológica catalana, la Dirección General de Relaciones Laborales del Departamento de Trabajo de la Generalitat de Cataluña resolvió la solicitud de declaración de excepcionalidad autorizando a la empresa a quedar exonerada de la contratación directa de trabajadores con discapacidad respecto de su personal facultativo, pero no en relación con el personal administrativo y de estructura. De este modo, la empresa debía cubrir la cuota de reserva correspondiente a esta parte de su plantilla mediante contrataciones laborales, pudiendo aplicar las medidas alternativas autorizadas en la resolución para cubrir la cuota correspondiente al personal facultativo.



límites materiales y temporales del propio procedimiento, y resolver favorablemente las nuevas medidas propuestas, sin necesidad de iniciar desde el principio toda la tramitación de la declaración de excepcionalidad.

Hay que tener en cuenta también que una misma empresa puede obtener más de una resolución de excepcionalidad, por haber accedido a tal situación desde circunstancias diversas, de modo que en cada una de las resoluciones dictadas se establecerán las correspondientes medidas alternativas. En la práctica, tal situación suele darse cuando, habiendo obtenido la empresa, por la vía causal, una resolución de exoneración parcial de la obligación de contratar trabajadores con discapacidad, procede a realizar ofertas de empleo para cubrir los puestos de trabajo respecto de los cuales no opera tal exención, resultando infructuosas las gestiones de intermediación. En estos casos, la empresa puede solicitar una segunda declaración de excepcionalidad, pero en esta ocasión por la otra vía, acreditando la imposibilidad de contratar trabajadores con discapacidad en el número requerido para cubrir la parte de cuota de reserva no sustituida por la aplicación de las medidas alternativas autorizadas en la anterior resolución. Siendo así, la empresa deberá aplicar las medidas correspondientes a cada una de las resoluciones de excepcionalidad en los términos que se establezcan en las mismas.

Por lo que hace referencia a la utilización de las distintas medidas alternativas, las empresas se decantan de manera muy evidente por las que tienen relación con la contratación mercantil o civil con Centros Especiales de Empleo o trabajadores autónomos con discapacidad para la realización de actividades ajenas y accesorias a la normal de la empresa, o para suministro de bienes necesarios para el normal desarrollo de su actividad<sup>1185</sup>. Menos frecuentes son las

---

<sup>1185</sup> En Cataluña, según los datos que se desprenden de las memorias presentadas ante el Departamento de Empresa y Empleo de la Generalitat de Cataluña, en el año 2011 un total de 109 Centros Especiales de Empleo recibieron cantidades económicas de las empresas declaradas en situación de excepcionalidad en aplicación de alguna de las medidas alternativas autorizadas. El importe global en ese año de las cantidades percibidas por los Centros Especiales de Empleo registrados en Cataluña se aproximó a los 17,5 millones de euros, de los cuales más de 15,8 correspondieron a cantidades invertidas dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma catalana. En el año 2012, ascendieron hasta 134 los Centros Especiales de Empleo receptores de cantidades por estos conceptos, con un importe global de más de 19,7 millones de euros, de los que más de 18,4 no salieron del ámbito territorial de Cataluña.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

donaciones<sup>1186</sup>, y prácticamente testimoniales los casos en que se constituyen enclaves laborales como medida alternativa al cumplimiento directo de la cuota de reserva<sup>1187</sup>, poniendo de manifiesto una escasa receptividad de las empresas del mercado de trabajo ordinario hacia esta figura<sup>1188</sup>. Las razones fundamentales por las que las empresas actúan de este modo están relacionadas con la optimización de los costes, ya que las contrataciones mercantiles o civiles tienen un retorno para las empresas en forma de bienes o servicios, mientras que las donaciones tienen un carácter altruista que las priva de ese atractivo económico. Respecto de los enclaves laborales, probablemente la explicación a su escasa implantación esté en las dificultades de constitución del propio enclave para muchos Centros Especiales de Empleo, que carecen del personal con discapacidad preciso para ello, y en las reticencias empresariales a acoger en sus instalaciones a trabajadores con discapacidad, muy especialmente cuando una parte importante de los que conforman el enclave pertenecerán a colectivos con especiales dificultades para el acceso al empleo, presentando en muchos casos discapacidades severas.

### **C) La determinación del cumplimiento de la cuota de reserva en situaciones de excepcionalidad: cuantificación de las medidas alternativas**

A tenor de lo dispuesto en el artículo 2.2 del Real Decreto 364/2005, el importe anual de los contratos mercantiles o civiles con Centros Especiales de Empleo o con trabajadores autónomos con discapacidad y de los contratos entre estos Centros y las empresas colaboradoras para la constitución de enclaves laborales habrá de ser, al menos, tres veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100. En el caso

---

<sup>1186</sup> En Cataluña, según los datos indicados anteriormente, en el año 2011 se realizaron donaciones de este tipo por un importe global que no alcanzó los 850.000 euros, de los cuales aproximadamente 704.000 correspondieron a 20 Fundaciones ubicadas dentro de la propia Comunidad Autónoma, mientras que el resto se destinó a 6 Fundaciones del resto de España. En el año 2012 se beneficiaron de estas medidas alternativas un total de 35 fundaciones, 32 de ellas ubicadas en Cataluña, con un importe global por este concepto de poco más de 808.000 euros, de los cuales más de 668.000 se quedaron en Fundaciones ubicadas en Cataluña.

<sup>1187</sup> Estrategia de Acción Global para el Empleo de las Personas con Discapacidad, cit., pág. 22.

<sup>1188</sup> PÉREZ PÉREZ, J.: «La integración laboral de las personas con discapacidad», en ESPUNY TOMÁS, M. y PAZ TORRES, O. (Coordinadoras): *Inspección de Trabajo 1906-2006*, op. cit., pág. 176.

de las donaciones y acciones de patrocinio establecidas en el artículo 2.1.c) del mismo Real Decreto, el importe anual de las mismas habrá de ser, al menos, de 1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100.

La primera cuestión que se plantea a la hora de cuantificar estas medidas alternativas es la del parámetro aplicable, puesto que la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 establece que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2 del Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, el importe del IPREM anual en el año 2014 será de 6.390,13 euros. No obstante, la misma norma determina que en los supuestos en que la referencia al SMI haya sido sustituida por la referencia al IPREM en aplicación de lo establecido en el Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, la cuantía anual del IPREM será de 7.455,14 euros cuando las correspondientes normas se refieran al SMI en cómputo anual, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias<sup>1189</sup>.

Esta compleja normativa ha provocado ciertos problemas interpretativos y algunas discordancias entre los organismos implicados en la autorización y el control de las medidas alternativas aplicadas por las empresas en situación de excepcionalidad, puesto que durante la vigencia del Real Decreto 27/2000 resultaba aplicable la excepción mencionada, contenida en las distintas Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Esto era así porque el mencionado Real Decreto utilizaba como parámetro para la determinación de la cuantía mínima de las medidas alternativas el SMI, y no el IPREM, puesto que la creación de este último indicador se produjo con posterioridad a la entrada en vigor del propio Real Decreto 27/2000. Por tanto, mientras éste estuvo vigente, el importe de las medidas alternativas debía ser el del salario mínimo interprofesional multiplicado por 3 o por 1,5, según los casos, hasta la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2004. A partir de este momento, el SMI únicamente puede ser utilizado como índice de cálculo en aquellos casos en los que expresamente se determina en

---

<sup>1189</sup> Idéntica previsión, pero con cuantías diferentes en cada caso, han venido conteniendo las distintas Leyes de Presupuestos Generales del Estado desde el año 2005 hasta el presente.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

esta norma, entre los que no se halla el de la cuantificación de las medidas alternativas, por lo que éstas pasaron a referenciarse con el IPREM, pero con el importe correspondiente a 14 pagas del importe mensual del mismo, por aplicación de lo dispuesto en la normativa presupuestaria ya comentada. Sin embargo, desde la entrada en vigor del Real Decreto 364/2005, ya no aparece la referencia al salario mínimo interprofesional, sino que directamente se referencia al IPREM el cálculo de la cuantía mínima de las medidas alternativas, de modo que el importe de ese indicador debe ser el establecido con carácter general en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado, ya que no ha habido sustitución de la referencia al salario mínimo interprofesional por aplicación de lo establecido en el Real Decreto Ley 3/2004, sino que la nueva norma expresamente hace referencia al IPREM. Cabe concluir, por tanto, que para el año 2014<sup>1190</sup>, la cuantía mínima de las medidas alternativas aplicables por las empresas declaradas en situación de excepcionalidad será de 19.170,39 (6.390,13 x 3) euros anuales, salvo en el caso de las donaciones y acciones de patrocinio, para las que dicho importe será de 9.585,19 (6.390,13 x 1,5) euros anuales<sup>1191</sup>.

No obstante, como ya se ha señalado, en algunos casos no se ha llegado a esta conclusión. Así, expresamente se ha sostenido que para el cálculo de las cuantías de las medidas alternativas debe aplicarse el IPREM anual calculado sobre 14 mensualidades, y por tanto, el importe de tales medidas debe ser en el año 2014,

---

<sup>1190</sup> Hay que señalar que el importe del IPREM anual se halla congelado desde el año 2010, lo que se ha provocado también el mismo efecto en el de las medidas alternativas mínimas que deben aplicar las empresas.

<sup>1191</sup> Como ya se ha dicho, en algunos casos no se ha llegado a esta conclusión. Así, por ejemplo, en el documento «Procediment per a l'aplicació de les mesures alternatives », elaborado por la Dirección General de Relaciones Laborales y Calidad en el Trabajo del Departamento de Empresa y Empleo de la Generalitat de Cataluña, consultado en marzo de 2014 en [http://www20.gencat.cat/docs/treball/07-Relacions\\_laborals/Documents/02-Drets\\_i\\_deures\\_empresa/Arxius/Procediment\\_alternatives.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/treball/07-Relacions_laborals/Documents/02-Drets_i_deures_empresa/Arxius/Procediment_alternatives.pdf), expresamente se dice que para el cálculo de las cuantías de las medidas alternativas debe aplicarse el IPREM anual calculado sobre 14 mensualidades, y por tanto, el importe de tales medidas debe ser en el año 2013, al menos de 22.365,42 euros (7.455,14 x 3), salvo para las donaciones y acciones de patrocinio, cuyo importe mínimo sería de 11.182,71 euros (7.455,14 x 1,5).

al menos de 22.365,42 euros (7.455,14 x 3), salvo para las donaciones y acciones de patrocinio, cuyo importe mínimo sería de 11.182,71 euros (7.455,14 x 1,5)<sup>1192</sup>.

En segundo término, este sistema de cuantificación de las medidas alternativas presenta serios problemas respecto de la periodicidad, que la norma no resuelve al no hacer referencia alguna a esta cuestión. El Real Decreto 364/2005 se limita a señalar que el importe económico de las distintas medidas alternativas tendrá una cuantificación “anual”, sin precisar si la misma se refiere al año natural o al año desde el inicio de la aplicación de la medida alternativa. La Orden de 24 de julio de 2000 sigue la misma línea, al establecer en su artículo 4 que la ejecución de las medidas alternativas deberá realizarse durante el periodo de validez del certificado o de la resolución, sin perjuicio de que anualmente hayan de destinarse a dicho fin, como mínimo, las cantidades que constituyan la cuantificación económica anual que en cada caso resulte de la aplicación de las reglas de cálculo de la cuantía económica de las medidas alternativas establecida en el Real Decreto 364/2005. Parece deducirse, por tanto, que la ejecución del contenido de la resolución que declara la situación de excepcionalidad de una empresa y aprueba las medidas alternativas propuestas por ésta debe producirse en periodos anuales, de modo que la cuantificación de estas medidas vendrá referida a dichos periodos, sin exigencia de que periódicamente haya cierta regularidad. Así, en el caso de las donaciones y las acciones de patrocinio, podrían realizarse una vez cada año durante el periodo de vigencia de la resolución, mientras que en los restantes casos habrá que estar a la facturación total de cada año, sin necesidad de que la medida alternativa tenga un resultado económico periódico estable dentro de cada ciclo anual.

Pero, como señalábamos, no queda resuelta la cuestión de si la anualidad que sirve como parámetro para la determinación del cumplimiento del contenido de la resolución debe ser natural o bien se computa por periodos de 12 meses a partir de la fecha de la propia resolución. Esta última solución evitaría el cómputo en años incompletos, puesto que cada resolución comportaría tres periodos

---

<sup>1192</sup> Dirección General de Relaciones Laborales y Calidad en el Trabajo del Departamento de Empresa y Empleo de la Generalitat de Catalunya: «Procediment per a l'aplicació de les mesures alternatives », consultado en marzo de 2014 en [http://www20.gencat.cat/docs/treball/07-Relacions\\_laborals/Documents/02-Drets\\_i\\_deures\\_empresa/Arxius/Procediment\\_alternatives.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/treball/07-Relacions_laborals/Documents/02-Drets_i_deures_empresa/Arxius/Procediment_alternatives.pdf).

idénticos, dentro de los cuales deberá acreditarse la aplicación de las medidas alternativas aprobadas, pero no es la que los distintos Servicios Públicos de Empleo han acogido en sus correspondientes ámbitos territoriales, de modo que en los casos en los que existe algún pronunciamiento expreso sobre este asunto, los periodos de cómputo se han referido al año natural<sup>1193</sup>. A favor de esta posibilidad estaría el contenido del artículo 9 de la Orden de 24 de julio de 2000, que establece que las empresas que opten por la aplicación de las medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de reserva deberán remitir anualmente al Servicio Público de Empleo competente una Memoria en donde se haga constar una descripción detallada del cumplimiento de la medida alternativa prevista; aunque en realidad la expresión “anualmente” mantiene abierto el debate sobre las dos vías expuestas, lo cierto es que se ha interpretado en la mayoría de los casos como anualidades naturales. En estos casos, se suscita la cuestión relativa a las fracciones de año natural que pueden aparecer al inicio y al final del periodo de excepcionalidad recogido en la resolución. La solución más plausible para resolverla es requerir una cuantificación proporcional, en función del periodo en el que en cada uno de esos años naturales la empresa ha sido autorizada a aplicar medidas alternativas.

#### **D) Vicisitudes durante la aplicación de las medidas alternativas**

Una cuestión muy relevante es la de la modificación de las medidas alternativas inicialmente contenidas en la resolución estimatoria de la solicitud de declaración de excepcionalidad. Tal posibilidad se plantea como consecuencia de diferentes circunstancias que pueden presentarse a lo largo del periodo durante el cual la empresa puede aplicar las medidas alternativas aprobadas en la resolución. Así, por ejemplo, la empresa puede decidir, por distintas razones, cambiar el Centro Especial de Empleo proveedor o prestador de servicios, o modificar el contenido

---

<sup>1193</sup> En la mayoría de los casos, esta posición de la Administración autonómica competente no es explícita, pero se deduce de que en los modelos de memoria anual que se utilizan la referencia al periodo que aparece en los mismos se refiere a un único año, en singular, de modo que induce a considerar que la presentación de la memoria anual debe realizarse una vez por cada año natural mientras esté vigente la resolución de excepcionalidad. En Cataluña, por ejemplo, se ha venido utilizando un modelo normalizado en cuyo encabezamiento se ha de expresar el año natural al que se refiere la memoria.

del contrato mercantil que tiene con el Centro Especial de Empleo inicialmente elegido. Lo mismo puede suceder con las donaciones o acciones de patrocinio. Cabe plantearse, en primer lugar, si ello es posible, las consecuencias que tales cambios puedan tener en la situación de excepcionalidad y, finalmente, el procedimiento a seguir.

Nada se dice ni en el Real Decreto 364/2005 ni en la Orden de 24 de julio de 2000 sobre los posibles cambios en las medidas alternativas que hemos señalado anteriormente. No obstante, lo cierto es que no parece razonable sostener que la empresa a la que se ha reconocido la situación de excepcionalidad deba mantener durante tres años las mismas medidas alternativas, ya que pueden darse circunstancias que lo hagan materialmente imposible; así, por ejemplo, pueden desaparecer el Centro Especial de Empleo o la asociación o fundación inicialmente elegidos por la empresa<sup>1194</sup>. Por tanto, debiera admitirse la posibilidad de cambiar el contenido de las medidas alternativas, siempre que no alteren el de la resolución por lo que hace referencia al cupo de reserva a cubrir por esta vía alternativa y la cuantificación correspondiente al mismo<sup>1195</sup>; no obstante, también parece razonable que estas posibilidades modificativas deban cumplir al menos dos requisitos básicos: por una parte, los cambios deben tener una cierta justificación, y por otra deben ser comunicados inmediatamente a la autoridad que resolvió la solicitud de excepcionalidad<sup>1196</sup>. Sobre el primero de estos requisitos, tal vez lo más prudente fuera admitir los cambios en todos los casos en que las circunstancias que los motivan son ajenas a la empresa que aplica la medida alternativa<sup>1197</sup>, y también cuando ésta justifica razonablemente

---

<sup>1194</sup> También puede suceder que se pierda la calificación, en el caso de los Centros Especiales de Empleo, o la condición de asociación de utilidad pública.

<sup>1195</sup> Lo contrario conduciría a la empresa a tener que cubrir necesariamente la parte de cuota de reserva afectada por la medida alternativa que desaparece mediante contrataciones directas, o bien a realizar un nuevo proceso de solicitud de declaración de excepcionalidad, puesto que como ya hemos visto en el Real Decreto 364/2005, esta declaración y la aprobación de las medidas alternativas van juntas en una única resolución.

<sup>1196</sup> Si se pretende cumplir escrupulosamente el contenido formal de la resolución inicial, quizá cupiera un tercero: que el cambio de medida alternativa se realice hacia otra del mismo grupo, es decir, que no pueda cambiarse, por ejemplo, una contratación mercantil con un Centro Especial de Empleo para la prestación de un servicio ajeno y accesorio a la actividad normal de la empresa, por una donación.

<sup>1197</sup> La pérdida, por parte del Centro Especial de Empleo que participa de la medida alternativa, de tal condición, sería sin duda uno de estos supuestos. Lo mismo cabría decir de aquellos en que el

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

los mismos por motivos de organización empresarial, u otros de carácter técnico. Por lo que hace referencia al procedimiento, y ante la absoluta omisión de este asunto en la normativa reguladora de la excepcionalidad, la empresa que lleva a cabo el cambio en la medida alternativa, en las condiciones que hemos descrito anteriormente, debiera comunicarlo a la autoridad que resolvió en su día, de modo que ésta pudiera validar la nueva medida alternativa o, en caso de que no la considerara adecuada, poner en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tal circunstancia<sup>1198</sup>.

También resulta complejo determinar la cuantía de las medidas alternativas en aquellos casos en los que se producen alteraciones de las condiciones que inicialmente dieron lugar a la resolución que las aprobó. Como hemos señalado, las empresas que han sido declaradas en situación de excepcionalidad deben justificar anualmente el cumplimiento de las medidas alternativas autorizadas, y por los importes debidos. En este sentido, cabe plantearse sobre qué plantillas debe ser realizado el cálculo que permita determinar el importe mínimo de las medidas alternativas, ya que tratándose de un parámetro variable es muy probable que presente dimensiones diferentes dentro del año natural al que se refiere la determinación de la aplicación de las medidas alternativas. Todo ello considerando que el contenido de la resolución, por lo que hace referencia a la cuantificación de las medidas alternativas autorizadas, se referirá necesariamente al momento en que la resolución es aprobada, de modo que si la empresa incrementa su plantilla a lo largo de los tres años de duración de la situación de excepcionalidad, su cuota de reserva se verá incrementada y, consecuentemente, su obligación de cumplimiento de la misma también se amplía. Por el contrario, si se reduce su plantilla, no podrá venir obligada a cubrir de manera completa las

---

destinatario de la medida alternativa desaparece, haciendo imposible la continuación de tal medida.

<sup>1198</sup> En el caso de que, comunicado por parte de la empresa el cambio al Servicio Público de Empleo competente, éste no llevara a cabo actuación alguna, podría aplicarse analógicamente el silencio administrativo positivo de dos meses previsto para las resoluciones de las declaraciones de excepcionalidad. En todo caso, una reforma de la norma reguladora de estos procedimientos, en la que se incluyeran los relativos a estos cambios de medidas alternativas, resolvería la cuestión y evitaría tener que acudir a la analogía y a remedios técnicamente pobres. Téngase en cuenta que, en la práctica, necesariamente se darán circunstancias como las descritas y, consecuentemente, los cambios de medidas alternativas se presentarán como una necesidad para las empresas que las venían aplicando.



medidas alternativas aprobadas, sino que el importe de éstas deberá ajustarse a la cuota de reserva que corresponda a la empresa en cada momento.

Parece, por tanto, que falta una previsión expresa en la norma que permita determinar cuál debe ser la cuantificación mínima de las medidas alternativas a lo largo del periodo de excepcionalidad, y ello afecta también a la cuestión tratada anteriormente, en el sentido de que si una empresa necesita ampliar el importe de tales medidas porque su obligación de reserva se ha ampliado, ello supone una modificación del contenido de la resolución. En estos casos, y siempre que no se produzcan cambios materiales en las medidas alternativas autorizadas, debiera ser suficiente que la empresa consignara en las memorias anuales las cuantías de las mismas, sin necesidad de comunicar previamente al Servicio Público de Empleo si incrementan o descienden tales importes como consecuencia de cambios en la plantilla de la empresa. Cuando los cambios afecten al contenido mismo de las medidas alternativas autorizadas, y no supongan un mero cambio de destinatario de la medida, las reclamadas modificaciones normativas resultan imprescindibles.

Otra circunstancia que puede alterar el importe mínimo exigible de las medidas alternativas autorizadas a una empresa es la de que ésta contrate nuevos trabajadores con discapacidad o que cesen los que tenía contratados en el momento en que se declaró la situación de excepcionalidad. En el primero de los casos, la vía alternativa podrá ver reducida su presencia, por lo que se refiere a la cuantificación mínima de las medidas alternativas, mientras que en el segundo tal vez la empresa necesite ampliar las inversiones o donaciones. Cuando la empresa haya contratado nuevos trabajadores con discapacidad, no parece que deba necesariamente llevar a cabo acción alguna respecto de la Administración que autorizó las medidas, puesto que en la memoria anual se reflejará el descenso en sus importes, y se justificará el mismo en un incremento del cumplimiento de la cuota por vía directa. No obstante, en el caso de que la empresa pierda trabajadores con discapacidad que formaban parte de su plantilla en el momento de la declaración de excepcionalidad, no parece que el incremento de las medidas alternativas pueda efectuarse de manera inmediata e incondicionada, puesto que la resolución que autorizó a la empresa a la aplicación

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

de estas medidas la exoneró parcialmente de la contratación directa de trabajadores con discapacidad, limitando el uso de tales medidas a la parte de cuota de reserva no cubierta directamente. Por tanto, en estos casos parece prudente entender que la empresa debe contratar, al menos, a tantos trabajadores con discapacidad como ceses se hayan producido, o bien a realizar un nuevo procedimiento de solicitud de declaración de excepcionalidad que le permita ampliar la aplicación de medidas alternativas para cubrir los déficits de cumplimiento de la cuota provocados por tales ceses.

### **E) Los contratos mercantiles o civiles celebrados con trabajadores autónomos con discapacidad o con Centros Especiales de Empleo**

Como hemos tenido ocasión de señalar, el Real Decreto 364/2005 establece, muy probablemente con la intención de apostar por una mayor efectividad de la cuota de reserva y mejorar el grado de cumplimiento de la misma por parte de las empresas obligadas<sup>1199</sup>, distintas medidas alternativas al cumplimiento de la obligación de reserva para aquellas empresas que han obtenido la preceptiva declaración de excepcionalidad. No se trata, pues, de una exención de la obligación de cumplimiento de la cuota de reserva, sino de un modo diferente de justificar dicho cumplimiento<sup>1200</sup>, cuyas bondades no son compartidas por todos los autores. De entre todas las medidas alternativas, como ya hemos señalado, sin duda alguna las más utilizadas son las relativas a la posibilidad de realizar contratos mercantiles o civiles con Centros Especiales de Empleo o con trabajadores autónomos con discapacidad, recogidas en los apartados a) y b) del artículo 2.1 del propio Real Decreto 364/2005.

Por lo que hace referencia a la primera de ellas, es decir, la de celebrar contratos mercantiles o civiles con un Centro Especial de Empleo o un trabajador autónomo con discapacidad para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa, presenta indudables problemas de delimitación.

---

<sup>1199</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R: «Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas», en ROMERO RÓDENAS, M.J. (Coordinadora): *Trabajo y protección social del discapacitado*, op. cit., pág. 82.

<sup>1200</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Centros especiales de empleo y cuota de reserva...», op. cit., pág. 52.

Aunque no resulta pacífica la interpretación, parece que tales calificativos (“ajenos” y “accesorios”) pudieran estar referidos a servicios prestados por una entidad externa y ajena a la propia empresa obligada al cumplimiento de la medida de reserva, por un lado, y que no puedan constituir el núcleo principal de la actividad de la empresa, por otro. Hay que tener en cuenta, además, que tales adjetivos van referidos a la actividad “normal” de la empresa, resultando ésta una expresión que provoca una notable indefinición, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado. En todo caso, no parece posible oponer tales servicios a los que el artículo 42 del TRLET refiere como “correspondientes a la propia actividad” de la empresa, y sobre cuyo alcance nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente<sup>1201</sup>, por lo que cabría la posibilidad de que se tratara de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa sin que necesariamente deban constituir una actividad diferente a la de aquélla. Incluso pudiera pensarse que la intención del legislador ha sido, precisamente, favorecer las contrataciones con Centros Especiales de Empleo de servicios que formen parte de la propia actividad de la empresa principal<sup>1202</sup>, si bien la prohibición de que coincidan con la actividad normal de la empresa dificulta la admisión plena de esta posibilidad. Muy probablemente, subyace en la inclusión del término “normal”, la intención del legislador de reforzar la prevención de los posibles casos de cesión ilícita de trabajadores, pero lo cierto es que complica notablemente la delimitación de la medida en la práctica, a la vez que no aporta nada a la evitación de las prácticas ilícitas que pudieran producirse por vulneración de lo dispuesto en el artículo 43 del TRLET.

Por otra parte, las empresas que han acreditado la situación de excepcionalidad pueden celebrar, como medida alternativa al cumplimiento directo de la obligación de reserva, contratos mercantiles o civiles con Centros Especiales de Empleo o con trabajadores autónomos 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. Quizá hubiera

---

<sup>1201</sup> Entre otras, Sentencias del TS de 18 de enero de 1995 (RJ 1995\514), 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998\10034), 20 de julio de 2005 (RJ 2005\5595) y 22 de noviembre de 2002 (RJ 2003\510).

<sup>1202</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad...», op. cit., pág. 47.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

sido preferible, como tendremos ocasión de analizar más adelante, una más precisa delimitación en la norma de los tipos de provisión que se contienen en esta medida, pero parece que el legislador ha decidido optar por una formulación amplia en la definición de los supuestos –cualquier tipo de bienes- y una restricción finalista, puesto que los bienes deben ser necesarios para el normal desarrollo de la actividad empresarial. Nuevamente, el recurso a un concepto indeterminado limita notablemente las posibilidades de interpretación restrictiva, puesto que, no existiendo un patrón establecido de normalidad en el desarrollo de las actividades empresariales, parece cierto que la ausencia de cualquier tipo de provisión habitual en la empresa podría considerarse causante de un funcionamiento anormal de la misma.

En este último caso, y sin que el legislador haya realizado previsión preventiva alguna, el principal problema que se plantea es que la contratación pueda venir referida a una mera actividad de intermediación por parte del Centro Especial de Empleo o trabajador autónomo contratado. De este modo, como señalaremos a continuación, podría resultar que la labor de provisión por parte de éstos a las empresas de cualquier tipo de bienes necesarios para su normal funcionamiento consistiera únicamente en adquirir esos bienes a un tercero, incrementando el precio final con el margen comercial derivado de la intermediación comercial llevada a cabo por el suministrador. Más allá del encaje de estas prácticas en la norma, lo cierto es que no parecen compadecerse con el espíritu de la misma, puesto que penalizan de manera evidente la creación de ocupación en los Centros Especiales de Empleo, razón última del sistema de excepcionalidad que conduce a la aplicación de estas medidas alternativas<sup>1203</sup>.

En definitiva, en estas dos primeras medidas alternativas se aprecia una insuficiente determinación por parte del legislador de los parámetros que deberían precisar su alcance, ya que en la actualidad el único patrón aplicable es, como ya

---

<sup>1203</sup> Ello no obstante, lo cierto es que el socorrido recurso a la ética, a las buenas prácticas, a la responsabilidad social de las empresas y a otras técnicas de *soft law* no parece admisible en este supuesto, porque conviene recordar que estamos ante una exención de la obligación de contratar directamente trabajadores con discapacidad por parte de empresas que acreditan una situación excepcional, de modo que la traslación al empleo especial de estos casos de falta de contratación en el empleo ordinario parece una exigencia razonable.

hemos visto, la cuantificación económica de la facturación realizada por el Centro Especial de Empleo o por el trabajador autónomo con discapacidad. Lo cierto es que, resultando un parámetro válido a estos efectos, se ha revelado como manifiestamente insuficiente para calibrar el impacto que las medidas alternativas puedan tener en la creación de empleo entre el colectivo de personas con discapacidad y en su incorporación al mercado de trabajo. Hay que tener en cuenta, como hemos señalado, que se producen con frecuencia supuestos en que sumas importantes de facturación por parte de un Centro Especial de Empleo a una empresa ordinaria que utiliza esa contratación mercantil como medida alternativa, representan para el propio Centro la creación de un número relativamente bajo, cuando no insignificante o nulo, de puestos de trabajo<sup>1204</sup>. En el límite de esta incongruencia se situarían los casos de mera interposición o intermediación, en los que el Centro Especial de Empleo facilita a la empresa que aplica la medida alternativa bienes o servicios que ni siquiera produce, sino que se limita a obtenerlos de un tercero para facilitarlos a la empresa que ha celebrado el contrato mercantil en el marco de la excepcionalidad regulada en el Real Decreto 364/2005. Esta situación recomienda una revisión del planteamiento inicial de la norma hacia criterios de determinación del cumplimiento de la obligación de reserva por vía excepcional que tuvieran en cuenta, además del impacto económico de las medidas alternativas aplicadas, las consecuencias que puedan tener en la creación de empleo para personas con discapacidad, ponderando este último aspecto con las distintas tipologías de discapacidad existentes. También el tránsito de trabajadores del Centro Especial de Empleo hacia la empresa ordinaria debiera constituir un parámetro, especialmente valorado, de concreción de las medidas alternativas aplicadas.

### **F) Las donaciones y acciones de patrocinio**

El apartado c) del artículo 2.1 del Real Decreto 364/2005 recoge otra medida alternativa a la contratación de trabajadores con discapacidad, consistente en la

---

<sup>1204</sup> Hay que admitir, no obstante, que la creación de empleo en los Centros Especiales de Empleo no tiene por qué ser la única finalidad de las medidas alternativas, puesto que también la mejora de la formación profesional de sus trabajadores o la promoción profesional o la mejora de las condiciones de trabajo en los mismos, muy especialmente las relacionadas con la estabilidad en el empleo, resultan valores relevantes a estos efectos.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

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. No resultaría, pues, complejo determinar qué entidades pueden ser destinatarias de los fondos que las empresas generen por esta vía, pero la norma exige, además, que su 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. Por tanto, en este caso, y a diferencia de lo que ocurre con las dos primeras medidas alternativas<sup>1205</sup>, el objeto de ésta no ofrece duda alguna, puesto que deberá tratarse de una donación o una acción de patrocinio consistente en la entrega, sin contraprestación, de una cantidad económica. Sin embargo, la dificultad se presenta a la hora de determinar si la entidad es o no adecuada para la recepción de esas donaciones.

En este sentido, no cabe otra solución que la del análisis casuístico de cada uno de los supuestos que proponga la empresa solicitante de la declaración de excepcionalidad, de modo que el Servicio Público de Empleo competente deberá determinar, por una parte, si la entidad beneficiaria de la donación cumple o no los requisitos establecidos en el Real Decreto 364/2005, y por otra si el importe de la acción es suficiente para cubrir, por vía alternativa, el cupo del 2 por 100 exigido en el artículo 42.1 del TRLGD<sup>1206</sup>. Lo cierto es que en la actualidad no supone especial problema esta cuestión, ya que desde la entrada en vigor del Real Decreto 364/2005 la empresa solicitante de la declaración de

---

<sup>1205</sup> Como ya hemos señalado, en la celebración de contratos mercantiles o civiles la complejidad de la delimitación de estas medidas viene dada por el propio contenido u objeto de esas contrataciones, pero no presenta problemas la identificación de los eventuales sujetos de la contratación, ya que en un casos serán personas con discapacidad acreditada y en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos de la Seguridad Social, y en otros Centros Especiales de Empleo debidamente acreditados y registrados como tales en el organismo competente de la Comunidad Autónoma de que se trate.

<sup>1206</sup> En este caso, como ya hemos señalado, el importe anual de estas acciones habrá de ser, al menos, 1,5 veces el IPREM anual vigente en cada momento por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100.

excepcionalidad debe, simultáneamente con la presentación de su solicitud, expresar las medidas alternativas que pretende aplicar, siendo única la resolución que concede o deniega la excepcionalidad y, en su caso, aprueba o no las medidas alternativas propuestas por la empresa. Consecuentemente, la resolución de la solicitud empresarial supondrá, implícitamente, un pronunciamiento sobre la adecuación de la asociación o fundación propuesta como destinataria de la donación a los requisitos del Real Decreto 364/2005<sup>1207</sup>. En este sentido, en la práctica se han planteado situaciones que ofrecen dudas sobre tal adecuación, como ocurre con fundaciones que han sido creadas por las propias empresas solicitantes de la excepcionalidad<sup>1208</sup>.

Para finalizar el análisis de esta medida alternativa, hay que señalar que el entonces denominado Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales aprobó la Orden TAS/2787/2005, de 29 de agosto, autorizando la utilización de las donaciones recibidas, en virtud de lo previsto en el artículo 2.1.c) del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, para la promoción del deporte paralímpico y la posterior inserción laboral de los deportistas. Se trataba de favorecer la integración en el mercado de trabajo de los deportistas mediante la aplicación de programas de formación y de inserción de los mismos durante y al término de sus actividades deportivas. Para incentivar la participación de las empresas en estas actividades formativas y de inserción, se admite la posibilidad de que las donaciones que lleven a cabo, siempre que exista previa declaración de excepcionalidad, puedan ir dirigidas a la financiación de proyectos dirigidos al desarrollo del deporte paralímpico. Se exige, no obstante, la suscripción de los oportunos convenios con el Comité Paralímpico Español, la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad y el Consejo Superior de Deportes, y que los proyectos incluyan programas y acciones de inserción laboral, de formación para el empleo y de recolocación de los deportistas con discapacidad.

---

<sup>1207</sup> Conviene recordar los problemas, ya comentados y relacionados con la falta de previsión normativa sobre el procedimiento aplicable, derivados de los supuestos en que se produzca el rechazo por parte del organismo competente de la medida propuesta por faltad de idoneidad del destinatario.

<sup>1208</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», op. cit., pág. 25.

### **G) Los enclaves laborales**

La cuarta y última medida alternativa recogida en el artículo 2.1 del Real Decreto 364/2005 consiste en 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. La cuantificación anual de esta medida alternativa es la misma que la prevista para las dos primeras recogidas en el propio artículo 2.1.

En este caso, la problemática que plantea la medida alternativa no se deriva de la regulación contenida en el Real Decreto 364/2005, puesto que se limita a remitirse a la regulación propia de los enclaves laborales, sino de ésta última. Los enclaves laborales nacen con una marcada vocación de inserción de los trabajadores con discapacidades especialmente desfavorecedoras de la contratación laboral en las empresas ordinarias para permitir que, por la vía de la contrata y la subcontrata de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa en la que se constituye el enclave, se establezca un cierto mecanismo de tránsito de estos trabajadores hacia el empleo ordinario. Es por ello que dos de los pilares de la regulación de los enclaves laborales en el Real Decreto 290/2004 son la tipología de las discapacidades de los trabajadores del enclave<sup>1209</sup> y la obligación de contratación de trabajadores del enclave por parte de la empresa colaboradora, que podrá incorporar estos trabajadores a su plantilla en cualquier momento, si bien transcurridos los tres años de duración inicial máxima del enclave, éste sólo podrá prorrogarse<sup>1210</sup> si el Centro Especial

---

<sup>1209</sup> Todos los trabajadores del enclave deben tener acreditada una antigüedad mínima de tres meses en el Centro Especial de Empleo y una discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100. No obstante, el 60 %, como mínimo, de los trabajadores del enclave deberá presentar especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo, entendiéndose incluidas en este grupo las personas con parálisis cerebral, las personas con enfermedad mental o las personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %, las personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %, y las mujeres con discapacidad con un grado de discapacidad reconocido, sea cual fuere su tipología, igual o superior al 33 %. Este último grupo podrá alcanzar hasta un 50 % del porcentaje mínimo del 60 por 100 para estos trabajadores del enclave que presentan especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo.

<sup>1210</sup> El enclave puede ser prorrogado, como máximo, por tres años más, siendo la duración mínima de cada una de las prórrogas de tres meses.



de Empleo acreditara que la empresa colaboradora u otra empresa del mercado ordinario de trabajo hubieran contratado con carácter indefinido a trabajadores con discapacidad del enclave<sup>1211</sup>.

En realidad, la cuestión más debatida en relación con esta medida alternativa no tiene que ver con los propios enclaves laborales, sino con la posibilidad de que un Centro Especial de Empleo pueda llevar a cabo contrataciones mercantiles con empresas ordinarias para la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad, en los términos establecidos en el artículo 42 del TRLET. Lo cierto es que el Real Decreto 290/2004 establece expresamente que los enclaves laborales se registrarán por lo dispuesto en el mencionado artículo 42, lo que ha provocado el cuestionamiento de que un Centro Especial de Empleo pueda utilizar esta vía fuera del marco de los enclaves laborales regulados en el mencionado Real Decreto<sup>1212</sup>. Sin embargo, no parece que haya en esta norma, ni en la reguladora de los Centros Especiales de Empleo y de las relaciones laborales de carácter especial que en ellos se desarrollan, excepción alguna a la posibilidad de que uno de estos Centros pueda ser contratado por una empresa para la realización de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de ésta, de modo que tales contrataciones podrán ser constitutivas de un enclave laboral cuando se realicen en las condiciones y con los requisitos establecidos en el Real Decreto 290/2004, pero también resultarán posibles cuando no sea así, y siempre que se ajusten a lo establecido en el artículo 42 del TRLET. No obstante, únicamente en el primer supuesto podrán constituir medida alternativa válida en todo caso, en situaciones de excepcionalidad, para las empresas que contraten con el Centro Especial de Empleo, ya que, de no constituirse un enclave laboral, el encaje de estas contrataciones y subcontratas correspondientes a la propia actividad de la empresa ordinaria necesariamente debería ir referido a la medida alternativa recogida en el artículo 2.1.b) del Real Decreto 364/2005 que exige, como hemos

---

<sup>1211</sup> La proporción debe ser la siguiente: cuando se trate de enclaves que ocupen hasta 20 trabajadores, un trabajador, como mínimo; cuando se trate de enclaves que ocupen a un número superior de trabajadores, dos trabajadores, como mínimo.

<sup>1212</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y FUSTÉ MIQUELA, J.M.: «Los enclaves laborales (una aproximación crítica tras un periodo de experimentación)». Revista del Centro de Estudios Financieros, núm. 286, 2007, págs. 161 a 188.

visto, que se trate de prestaciones de servicios “ajenos y accesorios” a la actividad normal de la empresa<sup>1213</sup>.

#### **5.5.4 Medidas alternativas y finalidad de la norma: valoración de la regulación actual**

Lo cierto es que la regulación de las medidas alternativas y su aplicación práctica han mostrado numerosos problemas de interpretación y de justificación, respectivamente, que probablemente requieran ciertas reformas. La propia Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012 proponía el análisis de estas medidas y la propuesta de otras que favorezcan la contratación de los trabajadores con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo<sup>1214</sup>. Las posiciones doctrinales acostumbran a ser críticas con la actual configuración de las medidas alternativas y reconocen en las mismas numerosas trabas para conseguir el objetivo de empleo que se pretende con esta medida de acción positiva directa, hasta el punto de que en algunos casos se ha señalado que estas técnicas de cumplimiento indirecto de la cuota de reserva en realidad relativizan la obligación de los empresarios y llegan a banalizar la participación de los mismos en el logro de la igualdad de oportunidades en el empleo de las personas con discapacidad<sup>1215</sup>. Por otra parte, se puede generar un desequilibrio que, *de facto*, permite eludir con gran facilidad el cumplimiento directo de la reserva de empleo<sup>1216</sup>.

Procede, por tanto, reflexionar sobre el contenido de las medidas alternativas vigentes, el modo en que computan para el cumplimiento de la cuota de reserva de empleo de trabajadores con discapacidad, cómo deben afectar a estas medidas las distintas vicisitudes que la empresa pueda presentar durante el

---

<sup>1213</sup> Ya hemos tenido ocasión de señalar que no parece acertado identificar actividad normal con propia actividad de la empresa, pero no es menos cierto que puede ocurrir que la contrata pueda incidir en ambos conceptos.

<sup>1214</sup> En la Estrategia se proponía efectuar un seguimiento y control de la utilización de las medidas alternativas aplicadas en la práctica, y se pone especial énfasis en los periodos y las causas de utilización de las mismas. pág. 22.

<sup>1215</sup> CASADO PÉREZ, D.: «Conocimiento y gestión del empleo de las personas con discapacidad», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 50, 2004, pág. 66

<sup>1216</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La Estrategia Global de Empleo de las Personas con Discapacidad...», op. cit., pág. 51.

periodo de excepcionalidad y, finalmente, cómo mejorar el procedimiento administrativo para conseguir una mayor adecuación entre la regulación y aplicación de las medidas alternativas y la finalidad de la norma.

### **A) Contenido de las medidas alternativas**

Después de más de una década de recorrido, la aplicación de las medidas alternativas que primero recogió el Real Decreto 27/2000 y que ahora regula el Real Decreto 364/2005 ha puesto de manifiesto ciertas disfunciones y numerosos puntos de fricción con la finalidad que deben perseguir, y que no es otra que favorecer la contratación de trabajadores con discapacidad de manera inmediata en el empleo protegido o mejorar las expectativas de empleo y las condiciones de trabajo de los trabajadores con discapacidad en ese ámbito, sin olvidar en ambos casos que el artículo 43.1 del TRLGD configura a los Centros Especiales de Empleo como un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. La renuncia al objetivo mayor que supone la aceptación de situaciones de excepcionalidad que exoneran a muchas empresas de la obligación de contratar trabajadores con discapacidad, no puede ir acompañada de la asunción del cumplimiento aparente de obligaciones alternativas que realmente no generan empleo para este colectivo

En primer lugar, procede analizar si las medidas alternativas actualmente previstas en el Real Decreto 364/2005 responden a esa finalidad y si su aplicación en la práctica la favorece. Por lo que hace referencia a la primera de ellas, relativa a la contratación 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, cabe censurar la indefinición de esta última expresión y, lo que es peor, la generosa interpretación que en la práctica se ha venido haciendo de la misma en la mayoría de los casos. En puridad, únicamente aquellos bienes estrictamente necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa podrían estar incluidos en esta medida alternativa, y ello puede abarcar tanto materias primas u otro tipo de suministros relacionados con la propia actividad de la empresa, como otros bienes destinados al desarrollo

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

de actividades auxiliares a la misma, pero necesarias para su normal funcionamiento. Es, precisamente, dentro de este último grupo donde encontramos mayores dificultades para delimitar el alcance de la medida alternativa; es común que, por esta vía, las empresas obligadas a cubrir alternativamente la cuota de reserva contraten con Centros Especiales de Empleo el aprovisionamiento de material de oficina, bienes de infraestructura de los locales de la empresa, mobiliario de las oficinas de la misma, equipos de protección individual de los trabajadores, etc. En estos casos, en la medida en la que esos bienes resultan necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial, aun cuando no estén directamente relacionados con la misma, cabría admitir los contratos mercantiles o civiles de suministro de los mismos como medida alternativa válida. Más dudas presentan otros productos respecto de los cuales difícilmente puede sostenerse esa relación con las necesidades empresariales, tales como alimentos o bebidas que se sirven dentro de los locales de la empresa, ya sea en servicios de comedor o en máquinas automáticas, u otros destinados a ser entregados a trabajadores, clientes o proveedores como parte de la acción social o promocional de la propia empresa. En este último grupo ocupan un lugar muy destacado las cestas o lotes de navidad, a los que se ha recurrido con mucha frecuencia y que, además, justifican un gasto considerable en facturación a cambio, en la mayoría de las ocasiones, de un número muy escaso, cuando no nulo, de contrataciones de trabajadores con discapacidad en los Centros Especiales de Empleo que facilitan estos productos. No obstante, hay que reconocer que lo mismo puede suceder con el suministro de bienes directamente relacionados con la actividad de la empresa y necesarios para el normal desarrollo de la misma.

En este sentido, cabe concluir que el criterio que la norma establece para determinar qué clases de suministros pueden formar parte de la primera medida alternativa no es apropiado, puesto que, en definitiva, que los bienes suministrados sean o no necesarios para el “normal desarrollo” de la actividad empresarial no tiene por qué tener directa relación con el objetivo principal de creación de empleo o, en su caso, con el de mejora de las condiciones de trabajo

y empleo para las personas con discapacidad. Por tanto, debería desaparecer este criterio delimitador, y ser sustituido por el de que la maquinaria, los productos o los bienes suministrados por los Centros Especiales de Empleo sean producidos por éstos. En el caso de que en la producción de estos bienes intervinieran distintas empresas, la participación del Centro Especial de Empleo contratado por la empresa que aplica la medida alternativa debería ser mayoritaria o, en el caso de que no resultara posible cuantificar esa participación de manera precisa, significativa.

Complementariamente, podría exigirse que, en el caso de que tales productos o bienes no tuvieran relación directa con la actividad empresarial, su adquisición permitiera el cumplimiento de una obligación para con los trabajadores o para con terceros, o bien facilitara a la empresa acciones tendentes a lograr sus objetivos. Entraría, de acuerdo con este criterio, en esta medida alternativa, el suministro de materias primas y maquinaria para el desarrollo de la propia actividad empresarial, bienes y productos necesarios para actividades auxiliares a la misma, bienes relacionados con el cumplimiento de obligaciones legales de la empresa, como la de prevención de riesgos laborales, e incluso bienes que la empresa utiliza promocionalmente, tales como regalos a clientes, o bienes de distinta naturaleza que la empresa deba facilitar por obligación contractual o convencional a sus trabajadores. Con las modificaciones propuestas, se evitarían las actividades de mera intermediación o interposición por parte de los Centros Especiales de Empleo<sup>1217</sup>, a la vez que se ampliaría el espectro de bienes y productos suministrables por éstos, no haciendo depender la validez de la medida alternativa de la relación que puedan tener con la actividad empresarial.

Por lo que hace referencia a la segunda y cuarta medidas alternativas recogidas en el artículo 2.1 del Real Decreto 364/2005, nuevamente hay que señalar que la redacción del precepto no ayuda a delimitar el alcance de la misma, siempre desde el punto de vista de la finalidad de la norma, puesto que también utiliza conceptos jurídicos indeterminados, posibilitando además interpretaciones diversas en los distintos Servicios Públicos de Empleo competentes para resolver

---

<sup>1217</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», op. cit., pág. 23.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

las solicitudes empresariales de excepcionalidad<sup>1218</sup>. El artículo 2.1.b) del mencionado Real Decreto habla de “servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa”, lo que provoca, como vimos anteriormente en este mismo apartado, notables problemas interpretativos, especialmente derivados del alcance que deba tener la expresión “accesorios”<sup>1219</sup>. Desde la interpretación más restrictiva, que vendría referida a considerar como tales únicamente a aquellos servicios que no tienen relación con la misma actividad de la empresa, hasta la más amplia, en la que cabría cualquier servicio que no tuviera la consideración de principal en la actividad empresarial, lo cierto es que parece que esta delimitación no tiene relación con el objetivo final de creación de empleo. Nuevamente parece prudente una modificación del criterio delimitador de la medida alternativa, en el sentido de que lo determinante no debiera ser el carácter accesorio o no del servicio prestado, sino el hecho de que el mismo no sea prestado por el Centro Especial de Empleo dentro de las instalaciones de la empresa que aplica la medida alternativa y referido a la propia actividad de la misma, puesto que esta posibilidad quedaría reservada en exclusiva para los enclaves laborales<sup>1220</sup>. Así pues, cualquier servicio prestado por un Centro Especial de Empleo o un trabajador autónomo con discapacidad como consecuencia de una contratación mercantil o civil con la empresa que aplica la medida alternativa, podría resultar comprendido en este supuesto del artículo 2.1.b) del Real Decreto 364/2005 para el cumplimiento de la cuota de reserva siempre que el servicio contratado no se corresponda con la propia actividad de esa empresa y se desarrolle en las

---

<sup>1218</sup> SANCHEZ-CERVERA SERNA, J.: «Los enclaves laborales», Revista Española sobre Discapacidad Intelectual, Vol. 36 (2), nº 214, 2005, pág. 35.

<sup>1219</sup> Los servicios prestados por otra empresa, en este caso un Centro Especial de Empleo serán, por definición, ajenos a la actividad normal de la empresa.

<sup>1220</sup> En realidad, nada obstaría a que un Centro Especial de Empleo pudiera realizar, en los términos establecidos en el artículo 42 del TRLET, una parte del proceso productivo de una empresa, referido a su propia actividad, sin necesidad de constituir un enclave laboral. Las condiciones de desarrollo de esa contrata serían, en todo caso, las del mencionado artículo 42 y los peligros de incurrir en cesión ilegal de trabajadores también serían los mismos en todos ellos. No obstante, considerando que los enclaves laborales constituyen la única medida alternativa específicamente diseñada para favorecer la contratación, aunque sea de modo indirecto, de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades para acceder al empleo, parece recomendable reservar a esta medida un ámbito exclusivo de actuación, tal como ocurre actualmente. Naturalmente, una empresa podría optar por contratar esos servicios correspondientes a su propia actividad con un Centro Especial de Empleo sin constituir un enclave laboral, pero tendría la penalización de que esa contratación no computaría como medida alternativa a efectos del cumplimiento de la cuota de reserva.

instalaciones de la misma. En este sentido, resultaría irrelevante que este servicio tuviera carácter accesorio o no<sup>1221</sup>, así como el modo en que pudiera ser desarrollado, con los límites ya señalados, en todo caso, de la cesión de trabajadores establecidos en el artículo 43 del TRLET y en la Ley 14/1994, de de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. Por último, en estos casos habría que considerar, desde el punto de vista de la cuantificación de la medida alternativa, que en el caso de que la prestación del servicio incluyera el suministro de ciertos bienes o productos, los costes de adquisición de los mismos no computarían a estos efectos salvo cuando hubieran sido producidos por los propios Centros Especiales de Empleo, como hemos señalado anteriormente.

Respecto de los enclaves laborales, y a pesar de que no parece que hayan tenido la implantación que hubiera cabido esperar<sup>1222</sup>, lo cierto es que la configuración de la medida alternativa parece adecuada, puesto que en definitiva se trata de potenciar las posibilidades de inserción laboral de aquellas personas con discapacidad que tradicionalmente no han tenido esta posibilidad debido precisamente a que presentan una mayor discapacidad o una discapacidad especialmente desfavorecedora en el ámbito del empleo<sup>1223</sup>.

Finalmente, por lo que hace referencia a la tercera de las medidas alternativas recogidas en el artículo 2.1 del Real Decreto 364/2005, relativa a la realización de donaciones y de acciones de patrocinio, su configuración parece adecuada, si bien podría resultar conveniente una relación, al menos ejemplificativa, de las “actividades de inserción laboral y de creación de empleo” a que se refiere, puesto que en la práctica se generan numerosas dudas a este respecto. También parece

---

<sup>1221</sup> En contra, entendiendo que es esencial que esos servicios sean ajenos y accesorios, ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», op. cit., pág. 23.

<sup>1222</sup> Lo cierto es que no hay datos estadísticos uniformes, pero de los facilitados por algunas Comunidades Autónomas es fácilmente asumible este hecho. Por ser especialmente significativo el dato, en la Comunidad Autónoma del País Vasco, en el año 2008 había un total de 3.335 trabajadores con discapacidad contratados, mientras que en los enclaves laborales constituidos en esa misma Comunidad en ese año había 9. Dato consultado en marzo de 2014. [http://www.lanbide.net/descargas/egailancas/estadisticas/contratos\\_discapacitados/descarga/contradisca18.xls&sa=U&ei=LW6xUvihloLH0QWNI4GIAg&ved=0CEAQFjAE&sig2=dr50HU2wFNmdTj0JcsA6Ww&usg=AFQjCNFFLROQd2xiaFufddbWPmew2qs0HA](http://www.lanbide.net/descargas/egailancas/estadisticas/contratos_discapacitados/descarga/contradisca18.xls&sa=U&ei=LW6xUvihloLH0QWNI4GIAg&ved=0CEAQFjAE&sig2=dr50HU2wFNmdTj0JcsA6Ww&usg=AFQjCNFFLROQd2xiaFufddbWPmew2qs0HA)

<sup>1223</sup> 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», Universidad Pompeu Fabra, IUS LABOR 3/2005, pág. 7.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

recomendable excluir la posibilidad de que exista relación directa entre la asociación o fundación que recibe la donación o la acción de patrocinio y la empresa que la utilizará como medida alternativa, evitando de este modo una cierta endogamia que, además, frecuentemente se pretende vehicular impropiaamente a través de la responsabilidad social empresarial, en la que no cabe incluir, en ningún caso, el cumplimiento de obligaciones jurídicas que recaen sobre las empresas<sup>1224</sup>. No hay que olvidar que estas donaciones son consecuencia del incumplimiento directo de una obligación empresarial establecida en una norma con rango legal y que, por tanto, no pueden ser consideradas *stricto sensu* parte de la acción social de la empresa ni deben permitir que sea ésta la que intervenga en el destino de estas acciones. Si no se admitieran otros argumentos, al menos el de la evitación de las sospechas que estas prácticas generan debiera bastar para evitarlas.

Una vez analizadas las actuales medidas alternativas recogidas en el Real Decreto 364/2005, cabe realizar dos reflexiones finales en este apartado. La primera hace referencia al ámbito territorial de aplicación de las mismas, y la segunda a la eventual incorporación de otras medidas no contempladas actualmente.

Por lo que hace referencia a la primera cuestión, la norma reguladora de las medidas alternativas no limita en modo alguno el territorio en el que éstas deban ser desarrolladas, de modo que debe admitirse su aplicación en cualquier Comunidad Autónoma del Estado, con independencia de en cuál de ellas se obtuvo la declaración de excepcionalidad. No obstante, es notoria la reticencia de algunas Comunidades a que las empresas que solicitan a sus Servicios Públicos de Empleo la declaración de excepcionalidad apliquen las medidas alternativas fuera de su territorio, hasta el punto de que en ocasiones esta cuestión se plantea abiertamente por parte de la propia Administración autonómica. Así, por ejemplo, la Generalitat de Cataluña expresamente señala, respecto de las donaciones y acciones de patrocinio, que es obligación de la asociación o fundación receptora

---

<sup>1224</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y ROJO TORRECILLA, E.: «Responsabilidad social empresarial y colectivos desfavorecidos», en FERNÁNDEZ AMOR, J. y GALA DURÁN, C.: *La responsabilidad social empresarial...*, op. cit., pág. 175.



de la medida alternativa “destinar los recursos obtenidos al desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo para personas con discapacidad, en el mercado de trabajo de Cataluña”<sup>1225</sup>, y plantea como una buena práctica la “eficaz aplicación de las medidas autorizadas, de forma que contribuyan al objetivo de la creación de empleo y de inserción laboral de personas con discapacidad en Cataluña”<sup>1226</sup>. En este sentido, convendría contemplar expresamente en la norma cómo deben ser tratadas estas cuestiones de territorialidad, evitando conflictos de intereses, políticos y económicos, que pudieran entorpecer el normal desarrollo de las acciones positivas relacionadas con las situaciones de excepcionalidad. No parece que la limitación territorial de estas medidas alternativas resulte especialmente favorecedora del objetivo final de impulsar la creación de empleo para trabajadores con discapacidad.

Finalizamos este apartado planteando la posibilidad de que pueda incorporarse alguna nueva medida alternativa al catálogo que actualmente contiene el artículo 2.1 del Real Decreto 364/2005. A este respecto, cabría dar entrada en este ámbito al empleo con apoyo, regulado en el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, que lo define como “el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestadas por preparadores laborales especializados, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes”. Cuando las promotoras de los proyectos de empleo con apoyo sean empresas del mercado ordinario de trabajo, incluidos los trabajadores autónomos, que contraten a los trabajadores con discapacidad beneficiarios de las citadas acciones, deben contar en su plantilla con preparadores laborales especializados o comprometerse a

---

<sup>1225</sup> «Procediment per a l'aplicació de les mesures alternatives», op. cit. Curiosamente, en el libro *Treball i Discapacitat: mètodes de contractació i mesures alternatives*, editado en 2005 por la Dirección General de Relaciones Laborales del Departamento de Trabajo e Industria de la Generalitat de Cataluña, se señalaba que esta obligación se concretaba en “destinar los recursos obtenidos al desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo para personas con discapacidad”, sin el añadido final referido a Cataluña. pág. 28

<sup>1226</sup> «Guia per a una correcta utilització de les mesures alternatives a la contractació de persones amb discapacitat», Dirección General de Relaciones Laborales del Departamento de Trabajo de la Generalitat de Cataluña, pág. 5. Documento consultado en marzo de 2014 en [http://www.gencat.cat/treball/doc/doc\\_81496451\\_1.pdf](http://www.gencat.cat/treball/doc/doc_81496451_1.pdf).

incorporarlos, y disponer de los recursos materiales necesarios que garanticen un desarrollo idóneo de los programas de empleo con apoyo. En estos casos, habría que determinar el modo en que debe ser valorada económicamente esta medida alternativa y la relación que esta valoración deba tener con la financiación de estas acciones, prevista en el artículo 8 del referido Real Decreto y con la propia configuración del empleo con apoyo en la norma vigente actualmente. Sea como fuere, la incorporación de esta nueva medida alternativa podría favorecer la expansión del empleo con apoyo como mecanismo de inserción laboral de trabajadores con discapacidad afectados por especiales dificultades para el acceso al empleo en el mercado ordinario de trabajo<sup>1227</sup>.

### **B) Cómputo en la cuota de reserva de las medidas alternativas**

Como ya hemos señalado, el vigente Real Decreto 364/2005, a la hora de determinar el impacto que las medidas alternativas deben tener en la cuota de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad, se limita a establecer fórmulas de cálculo basadas en la valoración económica de las mismas. De este modo, el único parámetro válido a estos efectos es el esfuerzo económico realizado por la empresa que aplica la medida alternativa, con independencia de la rentabilidad que para la misma pueda tener esta medida y, lo que resulta más grave, al margen de los resultados que la misma produzca en términos de creación de empleo para trabajadores con discapacidad o de mejora de las condiciones de empleo y de trabajo de los mismos en el mercado de trabajo protegido.

Es, precisamente, esta formulación economicista de la valoración de las medidas alternativas la que ha favorecido, en ocasiones, el recurso a contrataciones mercantiles o civiles para el suministro de bienes en los que el Centro Especial de Empleo es un mero intermediario, generando de este modo cuantiosas facturas que no se corresponden con un incremento real de la plantilla del propio Centro. Resulta, por tanto, necesario afrontar una profunda reforma de esta cuestión, introduciendo otros criterios de valoración de las medidas alternativas que, junto

---

<sup>1227</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La regulación estatal del empleo con apoyo...», op. cit., págs. 603 a 619.

con el estrictamente económico, permitan ponderar adecuadamente la verdadera dimensión de la misma en relación con el objetivo final de creación de empleo para trabajadores con discapacidad. En este sentido, se propone la combinación de tres elementos a la hora de determinar la valoración que la medida aplicada tendrá en la cuota de reserva:

- En primer lugar, por lo que hace referencia a las medidas alternativas con retorno para la empresa que las aplica –es decir, todas salvo las donaciones y acciones de patrocinio- debe tenerse en cuenta la creación de empleo inducida por la medida alternativa, de modo que la omisión de contrataciones de trabajadores con discapacidad por parte de la empresa declarada en situación de excepcionalidad, se compense de manera adecuada con la creación de empleo<sup>1228</sup> en los Centros Especiales de Empleo contratados por ésta para la aplicación de alguna de las medidas alternativas previstas en el Real Decreto 364/2005. Se propone, en este sentido, establecer una ratio de acuerdo con la cual el Centro Especial de Empleo deba justificar, en cada memoria anual<sup>1229</sup>, la dedicación de un número mínimo de jornadas de trabajo a la ejecución de la medida alternativa contratada, de modo que, por aplicación de la señalada ratio, resulten un número mínimo de trabajadores con discapacidad contratados para la realización de esas jornadas<sup>1230</sup>. Por otra parte, no parece recomendable reducir este criterio valorativo a la creación neta de empleo por parte del Centro Especial de Empleo, puesto que normalmente no será la empresa que aplica la medida alternativa su único cliente, de modo que las fluctuaciones de su plantilla pueden estar relacionadas o no con la medida alternativa que ejecuta para esa empresa.

---

<sup>1228</sup> O la evitación de destrucción de empleo en los mismos, en aquellos casos en que la contratación de la medida alternativa compense la pérdida de otras actividades en el Centro Especial de Empleo. También la mejora de la formación profesional o de las condiciones de trabajo y promoción profesional de los trabajadores del Centro pudieran resultar circunstancias a valorar en este punto.

<sup>1229</sup> Artículo 4 del Real Decreto 364/2005.

<sup>1230</sup> O de modificaciones en las jornadas de trabajadores del propio Centro Especial de Empleo, u otras que afecten a condiciones de trabajo de los mismos, especialmente relacionadas con la promoción profesional y la estabilidad de estos trabajadores.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

En el caso de las donaciones a asociaciones y fundaciones, este criterio no sería válido, pero convendría considerar la posibilidad de establecer mecanismos específicos de control del destino de las cantidades percibidas por las mismas como consecuencia de las medidas alternativas de este tipo aplicadas por las empresas<sup>1231</sup>, más allá de la obligación de reflejar sus acciones en una memoria anual. Alternativamente, podría resultar interesante crear un Fondo Público específico que recibiera esos recursos y los distribuyera con destino a acciones concretas de esas asociaciones y fundaciones, previamente validadas tales acciones por la autoridad administrativa competente.

- En segundo lugar, la incorporación a la empresa que aplica la medida alternativa de un nuevo trabajador con discapacidad que presente especiales dificultades para su integración en el mercado de trabajo, contratado indefinidamente por aquélla, debería afectar al cálculo del impacto económico de las medidas alternativas que la empresa aplica<sup>1232</sup>. De este modo, la valoración económica mínima de las medidas alternativas debería reducirse cuando la empresa declarada en situación de excepcionalidad procede a incorporar de manera estable a un nuevo trabajador con discapacidad, puesto que ha sido constatada la dificultad objetiva de la empresa para hacerlo en la declaración de excepcionalidad, lo que hace que esa contratación tenga especial relevancia y merite, consecuentemente, especial reconocimiento. Se propone, en este sentido, que el importe mínimo de las medidas alternativas se reduzca, en estos casos, en un porcentaje igual al del porcentaje de incremento del grado de cumplimiento directo de la cuota de reserva por parte de la empresa<sup>1233</sup>.

---

<sup>1231</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», op. cit., págs. 24 a 25. El autor propone establecer una cierta vinculación entre las donaciones y el empleo ordinario.

<sup>1232</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», op. cit., pág. 26. El autor llega a proponer una modesta tasa de transición obligatoria para todos los Centros Especiales de Empleo que reciben medidas alternativas.

<sup>1233</sup> Sirva el siguiente ejemplo: una empresa de 200 trabajadores, que no tiene en su plantilla ningún trabajador con discapacidad, obtiene la declaración de excepcionalidad y aplica medidas alternativas por 4 trabajadores con discapacidad no contratados, consistentes en contratos

- En tercer lugar, debe mantenerse el criterio de valoración económica de la medida alternativa, pero en combinación con los dos anteriormente expuestos. No obstante, cabría plantear la configuración de algunas de las medidas alternativas ya existentes de modo que, al igual que sucede con los enclaves laborales, permitan fomentar indirectamente la contratación de trabajadores con discapacidad que presenten especiales dificultades para el acceso al empleo. Cabría considerar, a este respecto, no únicamente las tipologías de las discapacidades y los grados que presentan, sino además las circunstancias personales y sociales que puedan afectar negativamente a la ocupabilidad de estos trabajadores. Se propone, en este sentido, favorecer a aquellos Centros Especiales de Empleo que desarrollen sus actividades en ámbitos rurales o con evidentes dificultades de comunicación o movilidad, o en los que la presencia de mujeres con discapacidad y/o personas con discapacidades severas sea mayoritaria, materializando la prioridad de estos Centros a través de las dos primeras medidas alternativas, de modo que en la cuantificación de las mismas, estas contrataciones mercantiles o civiles tuvieran un mayor valor, facilitando a las empresas que las aplican el cumplimiento de la medida alternativa con un menor impacto económico, a cambio de favorecer a este tipo de Centros Especiales de Empleo. Para fortalecer más, si cabe, la posición de estos Centros, quizá conviniera rebajar la valoración de las medidas alternativas provenientes de aquellos otros que realizan sus actividades empresariales en condiciones de menor dificultad o, dicho de otro modo, más semejantes a las de las empresas del mercado ordinario.

### **C) Dinámica de las medidas alternativas**

Como ya señalábamos en este mismo apartado, uno de los principales problemas prácticos en la aplicación y el desarrollo de las medidas alternativas es el gran

---

mercantiles con Centros Especiales de Empleo con un importe mínimo de 19.170,39 euros por cada uno de esos 4 trabajadores. Si esa empresa procede a contratar a un trabajador con discapacidad perteneciente a alguno de los colectivos con especiales dificultades para el acceso al empleo, incrementa en un 25% el cumplimiento de su cuota de reserva y, consecuentemente, reduciría el importe mínimo de las medidas alternativas que aplica en ese mismo porcentaje. De este modo, debería aplicar medidas alternativas correspondientes a 3 trabajadores, con un importe mínimo de 14.377,79 euros por cada uno de ellos.

## Discapacidad y acción positiva: incentiación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

dinamismo que presentan los parámetros que las delimitan. Así, en primer lugar, las alteraciones en las plantillas de las empresas declaradas en situación de excepcionalidad afecta de manera determinante al cálculo de la cuota de reserva y, consecuentemente, a la determinación precisa del importe mínimo de las medidas alternativas a aplicar. Como ya proponíamos anteriormente, una periodicidad mensual del cálculo de las plantillas podría facilitar el ajuste del cumplimiento de la cuota a la hora de determinar el número mínimo de trabajadores con discapacidad a contratar o el importe mínimo de las medidas alternativas. En este último caso, puesto que el legislador parece apuntar a un cálculo anual de ese importe, considerando que la cuantificación se realiza con esa temporalidad y las memorias anuales que deben presentar las empresas y las entidades destinatarias de las medidas<sup>1234</sup> deben ser también anuales, parece que lo más apropiado sea determinar también anualmente el grado de cumplimiento de la cuota de reserva a través de esas medidas alternativas. Lo que sucede es que, si bien no resulta especialmente complejo ese ejercicio de cuantificación, sí lo es la determinación de la plantilla de la empresa sobre la que debe realizarse, puesto que con toda probabilidad ésta habrá variado de manera más o menos apreciable a lo largo del año. Por otra parte, una periodicidad inferior al año para determinar el cumplimiento ajustado de la cuota de reserva a través de las medidas alternativas perjudicaría la aplicación de aquellas que no generan resultados económicos periódicos o en las que resulta complejo establecer cualquier tipo de periodicidad por cuanto responden a necesidades empresariales puntuales que no forman parte de un ciclo regular<sup>1235</sup>.

---

<sup>1234</sup> Artículos 9 de la Orden de 24 de julio de 2000 y 4 del Real Decreto 364/2005, respectivamente.

<sup>1235</sup> Sirva como ejemplo el de una empresa que decide renovar el vestuario de trabajo de todos sus trabajadores y encarga los nuevos modelos a un Centro Especial de Empleo, aplicando este suministro como medida alternativa después de haber obtenido la correspondiente declaración de excepcionalidad. Normalmente, este tipo de operaciones se liquidan en el momento en que el proveedor realiza la entrega del pedido, de modo que la empresa abonará el importe de la factura de una sola vez, en el momento de la finalización y entrega de las prendas encargadas. El importe de la medida alternativa y su correspondencia con el número de trabajadores con discapacidad dejados de contratar resulta de fácil determinación -3 veces el IPREM anual equivaldrá a un trabajador con discapacidad- pero la cuestión es sobre qué plantilla se realiza el cálculo de la obligación de reserva de la empresa, considerando que en el momento del abono del importe de la medida alternativa el número de trabajadores de la empresa puede haber variado

Ante tales dificultades, y considerando que la resolución que declara la excepcionalidad y autoriza las medidas alternativas lo hace en relación con la situación de la empresa en aquel momento y que, por tanto, ulteriores modificaciones en las condiciones que se tuvieron en cuenta para resolver deben alterar consecuentemente el contenido de la obligación de reserva y el de las propias medidas alternativas, lo más prudente sería valorar económicamente las medidas alternativas anualmente, y referir el cálculo a la plantilla media de la empresa en cada uno de los años en los que se aplican dichas medidas. Ese cálculo no debe realizarse respecto del último día de cada año, sino que debe reflejar el promedio de la plantilla de la empresa a lo largo de cada año. De este modo, existirá una correspondencia razonable entre el importe exigido para el cumplimiento de la obligación de reserva por la vía de excepcionalidad y la plantilla que realmente ha tenido la empresa a lo largo del año. Por cuestiones prácticas relacionadas con los criterios administrativos más extendidos<sup>1236</sup>, el año a considerar a estos efectos debiera ser el natural, realizando cálculos proporcionales en aquellos en los que la declaración de excepcionalidad no abarca la totalidad del mismo. Por lo que hace referencia a la alteración del importe de la medida alternativa, respecto del inicialmente aprobado en la resolución autorizante, o al cambio de medida alternativa autorizada, trataremos tales cuestiones más adelante.

En segundo lugar, también afectará a la determinación de la obligación de reserva y, consecuentemente, a la de las medidas alternativas a aplicar, cualquier variación en el número de trabajadores con discapacidad contratados por la empresa. Así, si la empresa incorpora trabajadores con discapacidad a su plantilla, el importe mínimo de las medidas aprobado en la resolución resultará excesivo respecto del establecido en el Real Decreto 364/2005, mientras que si pierde trabajadores con discapacidad dicho importe resultará insuficiente para cubrir la cuota de reserva. La solución que se propone respecto de esta cuestión es diferente en ambos casos.

---

considerablemente respecto del momento en el que se realizó el pedido y momentos intermedios entre un momento y otro.

<sup>1236</sup> Vid supra, apartado 5.5.3.c).

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Así, si la empresa incorpora trabajadores con discapacidad después de haber obtenido la declaración de excepcionalidad y la aprobación de las medidas alternativas propuestas, no resulta exigible mantener el importe mínimo establecido en la resolución, puesto que ese importe debe ajustarse a la fracción de cuota de reserva todavía no cubierta con contrataciones directas; concluir lo contrario presentaría notables problemas de tipificación a la hora de aplicar el derecho sancionador<sup>1237</sup>. En este sentido, el contenido de la resolución que declara la excepcionalidad, por lo que hace referencia al número de trabajadores con discapacidad que puede ser cubierto indirectamente a través de la aplicación de medidas alternativas, debe ser entendido en el sentido de una autorización de máximos.

No puede seguirse el mismo criterio en el caso de que la empresa pierda trabajadores con discapacidad que ya formaban parte de su plantilla en el momento en que es declarada en situación de excepcionalidad, ya que una ampliación de las medidas alternativas aplicadas o del importe de las mismas quedaría fuera del alcance de la autorización administrativa que contiene la resolución, que se referirá a un número máximo de trabajadores con discapacidad cuya contratación puede ser sustituida por la aplicación de medidas alternativas. En este caso, por tanto, la empresa debe proceder inmediatamente a iniciar el proceso de contratación de un nuevo trabajador con discapacidad<sup>1238</sup> y, en el caso de que tal proceso fracase, solicitar una nueva declaración de excepcionalidad para cubrir ese déficit en el cumplimiento de la cuota de reserva mediante la aplicación de medidas alternativas. Recuérdese, en este sentido, que la aplicación de medidas alternativas puede darse, únicamente, en situaciones de excepcionalidad, lo que obliga a realizar interpretaciones restrictivas en estos supuestos.

---

<sup>1237</sup> El tipo infractor recogido en el artículo 15.3 del TRLISOS es el 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”. La norma sancionadora no hace referencia, por tanto, al incumplimiento de la resolución que autoriza las medidas alternativas, sino de la obligación sustancial de cubrir un 2 por 100 de los puestos de trabajo con trabajadores con discapacidad, ya sea por vía directa, por vía excepcional o por ambas.

<sup>1238</sup> Salvo en el caso de que probadas razones económicas, técnicas, organizativas o productivas se lo impidan. Siendo así, podrá solicitar directamente una nueva declaración de excepcionalidad y proponer las medidas alternativas correspondientes.



#### D) Procedimientos relacionados con las medidas alternativas

Como ya hemos señalado<sup>1239</sup>, la STC 194/2011 afectó de manera determinante el contenido del ahora derogado Real Decreto 27/2000 en materia de competencia territorial para la resolución de las solicitudes empresariales de declaración de excepcionalidad. El Real Decreto 364/2005 parece haber resuelto la cuestión distribuyendo esa competencia entre la Administración autonómica y la general del Estado, dependiendo del porcentaje de trabajadores que la empresa tenga en aquella Comunidad Autónoma en la que radica el núcleo central de sus actividades. De este modo, si en una Comunidad Autónoma se concentra al menos el 85 por 100 de la plantilla total de la empresa, será la Administración propia de esa Comunidad la competente para resolver la solicitud de excepcionalidad, correspondiendo en los restantes casos esta competencia al Servicio Público de Empleo Estatal.

Esta cuestión presenta también dificultades técnicas en la práctica, puesto que no se dice el modo en que deba computarse la plantilla total de la empresa, y tampoco si ésta debe ser un promedio, en términos similares a los establecidos en la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 364/2005, o bien el número exacto de trabajadores que la empresa tenga en el momento de la solicitud, sea cual fuere la modalidad contractual que los vincula con la empresa, o sus jornadas de trabajo. Esta última solución podría permitir a algunas empresas determinar “a la carta” el órgano competente cuando, por ejemplo, se hallen próximas a esa frontera del 85 por 100 y puedan preferir, por ejemplo, presentar la solicitud en el órgano Estatal y no hacerlo en el autonómico. Por tanto, parece prudente recomendar, para la determinación de la plantilla de la empresa a estos efectos competenciales, que expresamente se remita a las reglas de cómputo de la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 364/2005, de modo que debería obtenerse un promedio de la plantilla del último año<sup>1240</sup>.

---

<sup>1239</sup> Vid supra 5.5.2.D)

<sup>1240</sup> En el vigente Real Decreto 364/2005, bastaría con introducir una mínima modificación en la Disposición Adicional Primera, de modo que se dijera al inicio de la misma lo siguiente: “A los efectos del cómputo del dos por ciento de trabajadores con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores y de la determinación de la competencia territorial regulada en el artículo 6.1”.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Por otra parte, la norma reglamentaria debiera prever un procedimiento específico para aquellos casos en los que, como consecuencia de las vicisitudes propias de los movimientos internos en las plantillas de las empresas, la obligación de reserva se ve alterada, bien porque ha variado la plantilla de la empresa respecto del momento de la resolución de excepcionalidad, bien porque el número de trabajadores con discapacidad contratados por aquélla se ha modificado. Como ya se ha comentado anteriormente, parece que en el caso de que, de resultas de unas u otras circunstancias, la obligación de reserva resulte menor de la apreciada en el momento de resolver, y siempre que no se modifiquen sustancialmente las medidas alternativas aprobadas, la empresa podrá ajustar el importe mínimo de éstas sin necesidad de seguir procedimiento alguno ante la Administración. En el supuesto de que, como consecuencia de las señaladas vicisitudes, las medidas alternativas aprobadas resulten insuficientes para alcanzar el cupo de reserva mínimo establecido legalmente, debiera existir un procedimiento expresamente recogido en la norma reglamentaria para que la empresa pudiera proceder a solicitar una modificación de la declaración de excepcionalidad inicial, ajustando su contenido a las nuevas circunstancias. Idéntica solución debiera darse a aquellos supuestos en los que la empresa pretende cambiar una medida alternativa, recogida en la resolución autorizante, por otra diferente. En todos estos casos, siempre puede invocarse el control administrativo *a posteriori* a través de la memoria anual, pero tal control resulta insuficiente, considerando la habitualidad con la que estas circunstancias modificativas del contenido de la obligación de reserva se presentan en la práctica.

Una segunda cuestión relevante en materia procedimental es la propia instrumentación del procedimiento y las consecuencias en el mismo del silencio administrativo, muy frecuente en algunos casos como ya hemos señalado y con consecuencias nada saludables para la consecución de la inserción laboral de los trabajadores con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, puesto que la inacción administrativa puede suponer en la práctica una invitación a muchas empresas para eludir el cumplimiento directo de la obligación de reserva, aun

cuando de hecho no existan circunstancias que justifiquen suficientemente una situación de excepcionalidad<sup>1241</sup>. Por otra parte, el silencio administrativo positivo vigente podría suscitar dudas sobre la aplicación del derecho sancionador en aquellos casos en los que, no resultando ajustadas a derecho las medidas alternativas aplicadas por una empresa, ésta cuenta con una resolución administrativa presunta estimatoria de las mismas<sup>1242</sup>.

Por tanto, sería recomendable, en primer lugar, separar los procedimientos administrativos de reconocimiento de la situación de excepcionalidad y de autorización de medidas alternativas, en el marco de una mayor agilidad en la tramitación administrativa. En el primero de ellos debiera mantenerse el silencio administrativo positivo, mientras que en el segundo no parece recomendable tal solución; en éste la solución resulta mucho más compleja, puesto que mantener el silencio positivo puede perpetuar el aprovechamiento de esta situación por parte de algunas empresas para establecer medidas alternativas de dudosa legalidad, pero invertir el sentido del silencio puede provocar situaciones fácticas de imposibilidad de cumplimiento de la obligación de reserva por cuanto, constatada la situación de excepcionalidad que impide contratar trabajadores con discapacidad, la negativa administrativa presunta a validar las medidas alternativas propuestas por la empresa solicitante podría provocar un incumplimiento irreversible de la obligación de reserva por parte de ésta. Por tanto, se propone que, en el segundo de los procedimientos administrativos, relativo a la autorización de las medidas alternativas propuestas por la empresa a la que ya ha sido reconocida la situación de excepcionalidad, se mantenga el silencio administrativo positivo, pero modificando la norma sancionadora para tipificar la infracción de modo que, si habiendo obtenido por silencio administrativo la autorización de las medidas alternativas propuestas, la empresa no las aplica en las condiciones y cuantía mínima, reguladas en el Real Decreto 364/2005, para cubrir por esta vía alternativa su cuota de reserva, se produzca la comisión

---

<sup>1241</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives...», op. cit., pág. 18.

<sup>1242</sup> En estos casos, los problemas no vendrán tanto por la tipicidad como por la culpabilidad del empresario afectado.

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

de la infracción que ahora contiene el artículo 15.3 del TRLISOS. Veremos esta cuestión en el apartado siguiente.

Por otra parte, debiera aparecer expresamente recogido en la norma reglamentaria reguladora del procedimiento de excepcionalidad que, durante la tramitación del mismo, y hasta que se produzca la resolución administrativa, queda suspendida, a efectos sancionadores, la obligación de reserva de la empresa, salvo si tal procedimiento hubiera comenzado después del inicio de las actuaciones inspectoras. Si bien en la práctica no es en absoluto habitual que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social inicie el procedimiento sancionador a empresas que se hallan en plena tramitación del procedimiento de declaración de excepcionalidad y autorización de medidas alternativas, resultaría más garantista que la norma sustantiva evitara que tal posibilidad pudiera darse en ningún caso.

También debiera preverse en la norma sustantiva la posibilidad de que, una vez reconocida administrativamente la situación de excepcionalidad a una empresa, y habiendo propuesto ésta medidas alternativas que no se consideran ajustadas a derecho, pudiera darse un breve plazo a la empresa para que propusiera alternativamente otras que sí cumplieran lo establecido en el Real Decreto 364/2005. De este modo, se mantendría viva la inicial resolución de reconocimiento de la situación de excepcionalidad y, en el caso de que la empresa corrigiera adecuadamente su propuesta de medidas alternativas, permitiría la satisfactoria conclusión del procedimiento. En caso contrario, la resolución desestimatoria de las nuevas medidas alternativas propuestas debería provocar la anulación de la de reconocimiento de la situación de excepcionalidad, y los efectos suspensivos sobre la obligación de acreditar el cumplimiento de la obligación de reserva, generando en la empresa la necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de solicitud de excepcionalidad o, en su caso, contratar directamente trabajadores con discapacidad.

Finalmente, y para reforzar las garantías procedimentales y técnicas, debiera resultar preceptivo, en todos los casos en los que se tramite una solicitud de declaración de excepcionalidad, por cualquiera de las vías previstas en la norma, el informe no vinculante de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que

debería ser librado en un término razonablemente breve. Tal intervención permitiría evitar muchas de las disfunciones que hemos señalado y, probablemente, generaría una dinámica más activa en la resolución de las solicitudes de excepcionalidad, evitando que el silencio administrativo tenga una presencia significativa en estos procedimientos.

## **5.6 La reserva de empleo desde el punto de vista del derecho sancionador**

### **5.6.1 Tipificación de la infracción por incumplimiento de la obligación de reserva**

Ya hemos tratado incidentalmente, en el apartado anterior, algunas cuestiones relativas al derecho sancionador en esta materia, relacionadas con la aplicación de las medidas alternativas. Veremos ahora aquellas que, con carácter general, afectan a la obligación de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad establecida en el artículo 42.1 del TRLGD y a las situaciones de excepcionalidad.

Hay que comenzar señalando que, tratándose de una medida de acción positiva directa, es preciso el establecimiento de medidas coercitivas que penalicen su incumplimiento. Al margen de algunas previsiones en la normativa reguladora de la contratación pública<sup>1243</sup>, o de la del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia<sup>1244</sup>, que no pueden ser consideradas *stricto sensu* propias del derecho administrativo sancionador, actualmente la regulación en este ámbito se

---

<sup>1243</sup> El artículo 49.1.c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE de 31 de octubre) prohíbe el acceso a los mismos a las empresas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad. Es, por tanto, una consecuencia derivada de la aplicación del derecho administrativo sancionador, pero no una manifestación directa del mismo, hasta el punto de que no es el incumplimiento de la obligación de reserva el que provoca la exclusión del ámbito de la contratación pública de estas empresas, sino el hecho de haber sido sancionadas administrativamente por tal incumplimiento.

<sup>1244</sup> La Disposición Adicional 14ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, establece que las entidades privadas que aspiren a gestionar por vía de concierto prestaciones o servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia deberán acreditar con carácter previo, en el caso de que vinieran obligadas a ello, el cumplimiento de la cuota de reserva para personas con discapacidad o, en su defecto, las medidas de carácter excepcional. Un asunto nada fácil de resolver en estos casos es el modo en que debe producirse esa acreditación del cumplimiento de la obligación de reserva, puesto que no existe en la actualidad procedimiento alguno que permita certificar oficialmente tal extremo.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

concreta en el artículo 15.3 del TRLISOS<sup>1245</sup>, que establece que constituye infracción grave el incumplimiento en materia de integración laboral de personas con discapacidad de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional. La única modificación que se ha producido en este precepto, desde su redacción original, ha consistido en sustituir el término “*minusválidos*” por “personas con discapacidad”.

La redacción del artículo 15.3, incluido en la Sección 3 del Capítulo I del TRLISOS, que contiene las infracciones en materia de empleo, resulta en líneas generales correcta desde el punto de vista de la tipificación, y no presenta problemas en la mayoría de las actuaciones inspectoras, puesto que la referencia a la obligación incumplida es precisa y sin recursos indebidos a conceptos indeterminados. No obstante, y para evitar que modificaciones en la normativa sustantiva pudieran afectar al contenido de la infracción, podría resultar adecuado referir ésta a aquélla, de manera que consistiera expresamente en el incumplimiento de la obligación de reserva establecida en el artículo 42.1 del TRLGD.

Por otra parte, la tipificación actual afecta únicamente al incumplimiento de la obligación de reserva, y no existe precepto alguno que prevea sanciones para el incumplimiento de las obligaciones formales que se derivan de la misma en los supuestos de excepcionalidad, con aplicación de medidas alternativas, tales como la de presentar una memoria anual ante el Servicio Público de Empleo competente. Tales incumplimientos pudieran incluirse en el artículo 14 del TRLISOS como infracciones leves, permitiendo así a la Administración disponer de un elemento de disuasión en los casos en que las empresas no cumplen debidamente las obligaciones formales derivadas de la aplicación de medidas alternativas<sup>1246</sup>.

---

<sup>1245</sup> En la redacción dada al mismo por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social («BOE» 27 diciembre).

<sup>1246</sup> Cabría plantearse si esos incumplimientos formales podrían afectar a la propia declaración de excepcionalidad. Razonablemente, bien pudiera ser así, pero en ausencia de previsión expresa en

También plantean problemas, con la actual tipificación, los supuestos en los que no se produce un incumplimiento de la obligación “legal” de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad, pero se incumple otra de naturaleza convencional, en aquellos casos en los que el convenio colectivo aplicable establece obligaciones específicas en relación con la cuota de reserva de empleo. Considerando el redactado actual del artículo 15.3 del TRLISOS, no resultará posible sancionar a una empresa por esos incumplimientos convencionales por esta vía, y ello a pesar de que el artículo 5 del TRLISOS establece que son infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional ocupacional, de trabajo temporal y de inserción sociolaboral, puesto que también dice ese mismo precepto que para que tales infracciones puedan ser apreciadas, deben estar “tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente Ley”. No es éste el caso, como hemos visto, de los incumplimientos de obligaciones convencionales en materia de reserva de empleo, por lo que, desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador, quedarán impunes, por lo que convendría redefinir el tipo infractor del artículo 15.3 para incluir en el mismo los mencionados incumplimientos convencionales.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que las empresas que llevan a cabo actuaciones relacionadas con la obtención de la declaración de excepcionalidad pueden incurrir en otras infracciones, no específicamente referidas a la obligación de reserva, pero tipificadas como muy graves en el TRLISOS. Nos estamos refiriendo, en concreto, a aquellos supuestos en los que, como trámite previo a la solicitud de declaración de excepcionalidad se llevan a cabo procesos de selección de trabajadores con discapacidad en los que, premeditadamente o no, se incurre en discriminación en el acceso al empleo<sup>1247</sup>. En este sentido, el artículo 16.2 del TRLISOS tipifica como muy grave en materia de empleo la infracción consistente en solicitar datos de carácter personal en los procesos de

---

este sentido en la normativa que regula las medidas alternativas, no parece que resulte posible actualmente.

<sup>1247</sup> Vid. supra 5.5.2.B).

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado.

Sobre esta cuestión, en la práctica generan dudas aquellas ofertas en las que los requisitos exigidos a los candidatos con discapacidad son notoriamente desproporcionados respecto de las exigencias objetivas del puesto de trabajo ofrecido, o bien cuando tales requisitos difieren esencialmente de los que la empresa ha establecido para puestos de trabajo similares en procesos de selección anteriores para todo tipo de trabajadores. También puede incurrir en la comisión de esta infracción la empresa que ofrece puestos de trabajo que en realidad no existen o cuya cobertura resultará imposible, considerando las características de los mismos, para los trabajadores con discapacidad. Por otra parte, aun tratándose de puestos reales y con requisitos razonables para los candidatos, la propia gestión de la selección de empleo puede resultar discriminatoria cuando los candidatos resulten rechazados sin motivación objetiva suficiente. Por último, también la jornada ofrecida puede resultar un elemento de discriminación, en aquellos casos en los que se pretenda dividir un puesto de trabajo en varios, reduciendo la jornada de cada uno de ellos para elevar de un modo artificioso el número de trabajadores con discapacidad contratados a efectos del cupo de reserva<sup>1248</sup>. En todo caso, parecería razonable que se exigiera una mínima argumentación empresarial para el rechazo de los candidatos con discapacidad durante el proceso de selección, al menos en el momento de requerir al Servicio Público de Empleo para que certifique la

---

<sup>1248</sup> Casos en los que, por ejemplo, un puesto de trabajo perfectamente definido en la estructura de la empresa, y de necesaria ocupación con una jornada completa de trabajo, genera cinco ofertas de empleo para trabajadores con discapacidad, de modo que cada uno de los trabajadores contratados prestará sus servicios a tiempo parcial un día a la semana, cumpliendo entre todos ellos la jornada completa de trabajo propia de ese puesto. Se pone más de manifiesto la conducta discriminatoria, en estos casos, cuando el puesto de trabajo artificialmente dividido en varios, anteriormente era ocupado por un solo trabajador.



inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad aptos para el puesto de trabajo ofertado<sup>1249</sup>.

Finalmente, resulta llamativa la ausencia en el TRLISOS de infracciones relativas a las entidades destinatarias de las medidas alternativas, puesto que todas ellas tienen obligaciones específicas recogidas en el Real Decreto 364//2005. Tratándose de una norma laboral, parece que el lugar adecuado para tipificar estas infracciones sea precisamente la norma laboral sancionadora, es decir, el propio TRLISOS. Al menos, deberían aparecer las infracciones relacionadas con las obligaciones formales de los Centros Especiales de Empleo y de las asociaciones y fundaciones receptoras de donaciones, así como las de tipo material recogidas en el artículo 4 del Real Decreto 364/2005<sup>1250</sup>.

### 5.6.2 Sanciones derivadas del incumplimiento de la obligación de reserva

Tipificado, como hemos visto, como infracción grave en materia de empleo, el incumplimiento de la obligación de reserva de empleo regulada en el artículo 42.1 del TRLGD puede comportar la imposición de sanciones económicas de entre 626 y 6.250 euros<sup>1251</sup>. En un principio, ésta era la única posibilidad sancionadora ante esta infracción, ya que no era posible imponer las sanciones accesorias previstas en el artículo 46 del TRLISOS, quedando éstas reservadas a determinados incumplimientos tipificados como muy graves<sup>1252</sup>.

---

<sup>1249</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 125.

<sup>1250</sup> Los Centros Especiales de Empleo deberán 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. Por su parte, las fundaciones o asociaciones de utilidad pública deberán destinar las donaciones o acciones de patrocinio a 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.

<sup>1251</sup> Artículo 40 del TRLISOS y Real Decreto 306/2007, de 2 de marzo.

<sup>1252</sup> El CERMI propuso formalmente al Gobierno el día 4 de abril de 2011, como consta en el Boletín electrónico CERMI.es, nº 95, de 8 de abril de 2011, accesible en <http://boletin.cermi.es/boletin.aspx?boletin=347>, la modificación de la norma para que se incluyera el incumplimiento de la obligación de reserva entre las infracciones que generan las sanciones accesorias previstas en el artículo 46 del TRLISOS. No obstante, tal medida no se incluyó en el Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, que sí modificó, sin embargo, el artículo 49.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público para establecer que no

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Sobre la cuestión de la calificación de la infracción, y teniendo en cuenta el importe que en muchas ocasiones tienen las medidas alternativas, puede ocurrir que algunas empresas se cuestionen si les compensa o no contratar a trabajadores con discapacidad<sup>1253</sup>. Es por ello que, considerando además la trascendencia social de la cuestión, quizá conviniera replantear la calificación de la infracción, que debiera pasar de grave a muy grave<sup>1254</sup>. En apartados anteriores ya se ha señalado el insatisfactorio grado de cumplimiento de la cuota de reserva, que reclama la intensificación de las medidas tendentes a impulsarla y evitar que, en la práctica, pueda parecer más una recomendación que una obligación. En este sentido, y a pesar de que conviene insistir en la necesidad de la acción combinada entre medidas directas y otras de naturaleza promocional, el efecto disuasorio de las actuales sanciones para los incumplimientos de las primeras resulta claramente insuficiente.

En todo caso, sea cual fuere la calificación de la infracción, los criterios de graduación de la misma, que puedan agravar o atenuar sanción aplicable, serán los establecidos con carácter general en el artículo 39.2 del TRLISOS, es decir, la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada. Esta configuración dificulta, a la hora de imponer sanciones a las empresas incumplidoras de esta obligación, graduar adecuadamente en función de los diferentes grados de incumplimiento, de manera que las diferencias en importe de las sanciones entre pequeños y grandes incumplimientos no serán notables. Evidentemente, el criterio del número de trabajadores afectados puede ser utilizado para elevar el grado de la sanción y, consecuentemente, su importe, pero quizá resultara más adecuado considerar, como ya ocurre en otros supuestos

---

podrán contratar con el sector público quienes hayan sido sancionados “con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por infracción muy grave en materia social”.

<sup>1253</sup> RODRÍGUEZ CABRERO, G., GARCÍA SERRANO, C. y TOHARIA, L.: *Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 67.

<sup>1254</sup> La cuantía de la sanción, en este caso, pasaría a ser de entre 6.251 y 187.515 euros.

contemplados en el propio TRLISOS<sup>1255</sup>, respecto de la infracción tipificada en el artículo 15.3, que el empresario incumplidor ha cometido tantas infracciones como trabajadores con discapacidad ha dejado de contratar respecto de su obligación de reserva del 2 por 100<sup>1256</sup>.

Con esa intención de reforzar las acciones punitivas sobre los incumplimientos de la obligación de reserva, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, introdujo una novedad muy relevante en esta materia, puesto que modificó el artículo 46 del TRLISOS para establecer que, además de las infracciones muy graves en materia de empleo y protección por desempleo, reguladas en los artículos 16 y 23 del TRLISOS, la infracción grave recogida en el artículo 15.3, es decir, el incumplimiento de lo establecido en el artículo 42.1 del TRLGD, pueda generar la aplicación de sanciones accesorias. Posteriormente, la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, dio nueva redacción al artículo 46 del TRLISOS, de manera que en la actualidad las sanciones accesorias, en el caso de incumplimiento de la obligación de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad, son las siguientes:

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

---

<sup>1255</sup> Artículos 19.2.e) respecto de las empresas usuarias en los supuestos de cesión de trabajadores, 22.2 en las faltas de alta en Seguridad Social, 22.9 en los supuestos de disfrute de bonificaciones indebidas, 22.11 en relación con las obligaciones de las empresas respecto de sus contratistas, 23.2 en el caso de infracciones muy graves de Seguridad Social que afecten a perceptores o beneficiarios de prestaciones, y 37.1 en los casos de omisión de autorización administrativa para trabajar.

<sup>1256</sup> En términos prácticos, una empresa de 1.000 trabajadores que incumple actualmente de modo absoluto su cuota de reserva, podría ser sancionada por la omisión de las 20 contrataciones de trabajadores con discapacidad con una multa máxima de 6.250 euros, mientras que una empresa de idéntica dimensión con 19 trabajadores con discapacidad contratados sería sancionada con una multa de entre 626 y 6.250 euros, valorando a estos efectos los restantes criterios de graduación. Sin embargo, si cada omisión de contratación supusiera una infracción, en el último caso la sanción sería la misma, mientras que en el primero la sanción de entre 626 y 6.250 euros se multiplicaría por 20. Esta solución parece, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad de las sanciones, más adecuada que la actual.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

la tuvieren menor en el momento de la comisión de la infracción<sup>1257</sup>. Este criterio ha de constar necesariamente en el acta de infracción, de forma motivada.

La aplicación de esta sanción accesoria irá, por tanto, asociada en todo caso a la principal por incumplimiento de la obligación de reserva tipificada en el artículo 15.3 del TRLISOS. Las novedades introducidas por la Ley 13/2012 han suavizado el impacto de esta accesoria y, consecuentemente, sus efectos disuasorios, puesto que ahora la empresa infractora perderá únicamente los incentivos económicos sobre un número de contratos igual al de trabajadores afectados por la infracción<sup>1258</sup>.

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

---

<sup>1257</sup> Hasta entonces la pérdida de los señalados incentivos económicos era absoluta, afectando a todos aquellos de los que viniera disfrutando la empresa, con independencia del número de trabajadores afectados por la infracción.

<sup>1258</sup> Pongamos un ejemplo. Una empresa con una plantilla, a los efectos de la obligación de reserva, de 200 trabajadores, en la que no hay contratada ninguna persona con discapacidad, además de la sanción económica correspondiente a la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 15.3 del TRLISOS, perderá automáticamente las bonificaciones, y otras ayudas, que viniera percibiendo por 4 contratos de trabajo. Para determinar cuáles serán en concreto esos contratos que se verán privados de la incentivación económica de la que venían disfrutando hasta ese momento, se utilizará el criterio de priorizar aquellos en los que el importe de dicha incentivación sea superior en el momento de la comisión de la infracción. En este sentido, la norma es deficiente, puesto que considerando que hay bonificaciones de duración temporal y otras indefinidas, pudiera ocurrir que las de mayor cuantía en el momento de la comisión de la infracción fueran temporales, por lo que en términos absolutos la cantidad bonificable, proyectada en el tiempo, podría ser inferior a la de otros contratos en los que la bonificación es menor pero más perdurable en el tiempo.

esta sanción accesoria los mismos que, con carácter general, se establecen en el artículo 39.2 del propio TRLISOS<sup>1259</sup>.

Sobre la primera de estas sanciones accesorias hay que señalar que no parece que la mejor vía para reforzar la disuasión sobre el incumplimiento de la cuota de reserva sea, precisamente, eliminar otros mecanismos de acción positiva que las empresas vienen aplicando, puesto que retirar esos incentivos económicos puede comprometer seriamente la estabilidad en el empleo de los trabajadores cuyas contrataciones los generaron<sup>1260</sup>. De este modo, y con la actual configuración del artículo 46 del TRLISOS, podría suceder que en una empresa en la que se incumple parcialmente la cuota de reserva de trabajadores con discapacidad, la sanción accesoria por ese incumplimiento pudiera provocar la pérdida de las bonificaciones que la empresa se aplica por la contratación de algún trabajador con discapacidad<sup>1261</sup>, con lo que podríamos concluir que la situación, en términos de creación y mantenimiento del empleo de estos trabajadores, podría ser peor que la existente antes de la actuación sancionadora. Por otra parte, respecto de la segunda sanción accesoria, tampoco parece que privar a las empresas incumplidoras de la obligación de reserva de las bonificaciones que en el futuro pudieran disfrutar por contratar trabajadores con discapacidad resulte especialmente eficaz para que se supere la situación de incumplimiento. Por tanto, cabe insistir en que el refuerzo de los elementos disuasorios del incumplimiento de la obligación de reserva debe venir por un incremento en la cuantía de las sanciones, y no por aplicar accesorias que pueden afectar

---

<sup>1259</sup> En realidad, el legislador ha optado por la comodidad de trasladar los criterios de graduación de las sanciones económicas a este ámbito de las sanciones accesorias, cuando en realidad éstas no reclaman criterios de graduación, sino supuestos en los que esta segunda sanción accesoria deba aplicarse. Hubiera sido preferible, en aras de la seguridad jurídica y por el rigor técnico que exige el derecho sancionador, decir que la sanción debe ser aplicada cuando la infracción tipificada en el artículo 15.3 de la LISOS, por aplicación de los criterios de graduación establecidos en el artículo 39.2, deba ser aplicada en sus grados medio o máximo.

<sup>1260</sup> No parece, no obstante, que el legislador comparta este criterio, puesto que el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, en su Disposición Transitoria Sexta, posteriormente modificada por la Disposición Final Quinta de la Ley 13/2012, procedió a suprimir la mayor parte de las bonificaciones vigentes hasta ese momento. Este tipo de medidas, que tienen un evidente componente recaudatorio, pueden perjudicar seriamente las posibilidades de empleo de muchas personas pertenecientes a colectivos con dificultades para el acceso al mismo y para el mantenimiento de sus puestos de trabajo.

<sup>1261</sup> En la práctica, esta posibilidad será la más común, puesto que las bonificaciones por contratación de trabajadores con discapacidad son las de mayor cuantía de entre todas las establecidas en los programas de fomento del empleo.

gravemente a la estabilidad en el empleo de los propios trabajadores con discapacidad, aun cuando siguen existiendo opiniones discrepantes sobre este último aspecto<sup>1262</sup>.

Por otra parte hay que señalar que, puesto que estas sanciones accesorias son aplicables cuando los empresarios “hayan cometido la infracción grave prevista en el artículo 15.3”, considerando que, como hemos visto, no es posible aplicar ese precepto a los incumplimientos de las obligaciones de reserva establecidas en convenio colectivo, tampoco lo será aplicar las sanciones accesorias en estos supuestos, con lo que la impunidad resulta absoluta. Tanto en el caso de la sanción principal como en el de las accesorias, la imposibilidad de aplicación a los incumplimientos convencionales afectará tanto a los supuestos de obligación directa de contratación de trabajadores con discapacidad, como a los de excepcionalidad establecidos en la negociación colectiva<sup>1263</sup>. No son muchos los convenios colectivos que amplían la cuota de reserva establecida en el artículo 42.1 del TRLGD<sup>1264</sup>, pero lo cierto es que cuando lo hacen la eficacia de tales cláusulas queda muy condicionada por la referida ausencia de tipificación en el TRLISOS. Esta situación favorece, en ocasiones, cláusulas convencionales ilusorias relacionadas con la obligación de reserva, favorecidas por la sensación de impunidad ya descrita, lo que refuerza la necesidad de tipificar estos incumplimientos para favorecer una negociación colectiva saludable en este ámbito.

### **5.6.3 Actuaciones inspectoras relacionadas con la obligación de reserva**

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede iniciar el procedimiento sancionador en los casos de incumplimiento de la obligación de reserva, pero también puede requerir al sujeto responsable para que, en el plazo que se le

---

<sup>1262</sup> El CERMI considera importante excluir del acceso a las subvenciones o ayudas de cualquier tipo a las personas físicas o jurídicas incumplidoras de las normas que favorezcan a las personas con discapacidad o que realicen actos discriminatorios o contrarios a la dignidad de las personas. Noticias CERMI, 14 de diciembre de 2012. Texto accesible en <http://www.cermi.es>. Consultado en marzo de 2014.

<sup>1263</sup> Recordemos que, a pesar de la referencia genérica del segundo párrafo del artículo 42.1 del TRLGD a la negociación colectiva, respecto de las medidas alternativas la norma las limita a las que “se determinen reglamentariamente”.

<sup>1264</sup> Vid. supra 5.4.4.

señale, adopte las medidas en orden al cumplimiento de la normativa de orden social, incluso con su justificación ante el funcionario actuante<sup>1265</sup>. Esta última posibilidad es frecuentemente utilizada por la Inspección en materia de reserva de empleo, puesto que los resultados en forma de contratación de trabajadores con discapacidad o de aplicación de medidas alternativas suelen justificar el recurso a los requerimientos<sup>1266</sup>. Naturalmente, el incumplimiento del requerimiento comportará el inicio del procedimiento sancionador, apreciándose precisamente tal incumplimiento como circunstancia que agravará el importe de la sanción, en los términos establecidos en el artículo 39.2 del TRLISOS.

Como ya hemos señalado, el escaso valor disuasorio de las sanciones en esta materia no ayuda especialmente a impulsar el cumplimiento de la obligación, pero no hay que olvidar que, siendo ésta de tracto sucesivo, la Inspección podrá comprobar su cumplimiento a lo largo del tiempo, sin que pueda ser invocada la vulneración del principio de *non bis in idem* por parte de las empresas que ya resultaron sancionadas con anterioridad, puesto que no existirá identidad de objeto, al tratarse de infracciones diferentes. Por otra parte, se podrá considerar la posibilidad de los efectos sancionadores correspondientes a una infracción continuada y de reincidencia en caso de empresas reiteradamente incumplidoras<sup>1267</sup>.

Finalmente, resulta ocioso decir que una mayor incidencia de la actuación inspectora en esta materia mejoraría considerablemente el grado de cumplimiento de la obligación de reserva, favoreciendo de este modo la situación de empleo, actualmente muy precaria, de las personas con discapacidad. En este sentido, la

---

<sup>1265</sup> Artículo 7 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Apartados 4 y 2, respectivamente.

<sup>1266</sup> En Cataluña, según se desprende de los datos facilitados por el Departamento de Empresa y Empleo de la Generalitat, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social realizó en el año 2012 un total de 740 actuaciones inspectoras de control del cumplimiento de la obligación de reserva de empleo a favor de trabajadores con discapacidad. En ese periodo extendió un total de 34 actas de infracción, con un importe total de 111.268 euros, y 64 requerimientos. De resultados de estos últimos, las empresas inspeccionadas contrataron un total de 96 trabajadores con discapacidad y justificaron en aplicación de medidas alternativas un importe total de 5.437.381 euros. Téngase en cuenta que en ese mismo año, la Generalitat de Cataluña computa un importe total en aplicación de medidas alternativas de 20.570.767 euros, por lo que la incidencia de la actuación inspectora en esta materia resulta evidente.

<sup>1267</sup> BENAVIDES VICO, A.: *La equiparación laboral de las personas con discapacidad*, op. cit., 2006, pág. 49.

Estrategia Global de acción para el empleo de las personas con discapacidad 2008-2012 reconocía que la cuota, por causas diversas, no se cumple plenamente por la totalidad de las empresas obligadas, a pesar de haberse incrementado en los últimos años el número de actuaciones sancionadoras de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>1268</sup>. La propia Estrategia proponía el reforzamiento de las actuaciones inspectoras, no sólo mediante la actividad sancionadora, sino también mediante campañas de información a las empresas de más de 50 trabajadores coordinadas por la Inspección de Trabajo y los Servicios Públicos de Empleo. Lo cierto es que, al margen de alguna experiencia puntual en este sentido, esta previsión ha tenido escaso recorrido, a pesar de que en la propia Estrategia se hacía referencia a la elaboración de un protocolo estandarizado sobre el cumplimiento de la cuota, a nivel nacional, siguiendo la experiencia de las buenas prácticas ya llevadas a cabo en algunas Comunidades Autónomas, que han acompañado con una intervención previa de información de los Servicios Públicos de Empleo la actuación sistemática de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>1269</sup>. Tal protocolo no ha sido elaborado dentro del ámbito temporal de la Estrategia.

## **5.7 La cuota de reserva en el empleo público**

### **5.7.1 El origen de las cuotas de reserva en el sector público y la configuración constitucional del empleo público**

Es común encontrar, tanto en las normas internacionales como en el derecho interno de muchos países, medidas de acción positiva directa dirigidas a favorecer el acceso al empleo público de las personas con discapacidad como reflejo del compromiso de los poderes públicos con la lucha contra la discriminación de estas personas en el ámbito del trabajo y considerando que el papel de tales

---

<sup>1268</sup> Lo cierto es que la Estrategia debiera referirse a las actuaciones “inspectoras”, y no únicamente a las “sancionadoras”, puesto que en muchos casos la actuación mediante requerimiento genera efectos mucho más benéficos en el empleo de las personas con discapacidad que las actuaciones sancionadoras, como ya se ha señalado.

<sup>1269</sup> Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, cit., objetivo 4.5.



poderes no puede limitarse a imponer cuotas de reserva en el ámbito privado<sup>1270</sup>. Por una parte las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades y por otra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ambas de la ONU, establecen expresamente que 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 las que estará la de emplear a personas con discapacidad en el sector público<sup>1271</sup>. En la misma línea, la OIT ha señalado que los poderes públicos deben mostrar su compromiso con el empleo de las personas con discapacidad extendiendo el sistema de cuotas más allá del empleo privado, de manera que también se implante en el sector público con el fin de no menoscabar la eficacia de esta medida de acción positiva<sup>1272</sup>. Por otra parte, parece unánime la posición doctrinal y legislativa en el sentido de entender que el acceso al empleo público de las personas con discapacidad debe producirse dentro de los cauces ordinarios de empleo<sup>1273</sup>, de manera que los sistemas de cuota en este ámbito no deben constituir excepciones a los principios básicos del empleo público.

La presencia de cuotas de reserva en el empleo público, como ya se ha señalado en este mismo capítulo, vino inicialmente asociada al reconocimiento debido a los mutilados de guerra. Así, las Leyes de 25 de agosto de 1939 y 17 de julio de 1947 establecieron preferencias de empleo público para mutilados, ex combatientes y excautivos de guerra<sup>1274</sup>. No obstante, será la Orden de 11 de enero de 1974 la que por primera vez establezca una verdadera cuota de reserva de empleo público, en este caso en las Entidades Gestoras y Colaboradoras y en los Servicios Comunes de la Seguridad Social, para trabajadores con discapacidad y

---

<sup>1270</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad...*, op. cit., pág. 144.

<sup>1271</sup> Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, cit., art. 27.1.g).

<sup>1272</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: «Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo...», op. cit., pág. 50.

<sup>1273</sup> AZNAR LÓPEZ, M.: «Introducción al empleo de personas con minusvalía. Tendencias internacionales», en AA.VV.: *Acceso al empleo público de las personas con minusvalía*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Real Patronato de Prevención y Atención a las Personas con Minusvalía, Documento 13/92, 1992, pág. 31.

<sup>1274</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Una perspectiva histórica de la intervención...», op. cit., pág. 123.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

para mayores de 40 años, de modo que el 75 por 100 de las vacantes que se convocaran para personal subalterno deberían ir dirigidas a estos dos colectivos; el establecimiento de este elevado porcentaje y la concreción de la reserva únicamente en un cuerpo funcional provocaban un incumplimiento prácticamente absoluto de esta norma<sup>1275</sup>. Tras la entrada en vigor de la CE, la LISMI establecerá en su artículo 38.3 la cuota de reserva de empleo público con carácter general, estableciendo que en las pruebas selectivas para el ingreso en los Cuerpos de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas, Administración Local, institucional y de la Seguridad Social, debían ser admitidas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás aspirantes. Por último, el vigente artículo 42.2 del TRLGD establece que en las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia.

Para poder plantear el encaje de las cuotas de reserva en el sector público, es preciso un análisis de los principios constitucionales del empleo público, determinando el alcance de los mismos en relación con la reserva de empleo de las personas con discapacidad en este ámbito. En este sentido, la CE atribuye en su artículo 98 la dirección de la Administración con carácter general al Gobierno<sup>1276</sup>, de modo que en cada uno de los ámbitos de organización territorial, estatal, autonómico<sup>1277</sup> y local<sup>1278</sup>, el artículo 103.3 del propio texto constitucional vincula inmediatamente la función pública al estado de derecho al exigir, entre otras garantías de legalidad, la regulación de este ámbito mediante un estatuto de los funcionarios públicos<sup>1279</sup>, y determinar como principios básicos del empleo

---

<sup>1275</sup> CASADO PÉREZ, D.: «Introducción. El Programa pro acceso de las personas con discapacidad al empleo público del Real Patronato sobre Discapacidad», en AA.VV.: *Acceso de las Personas con Discapacidad al Empleo Público 1985-1999*, op. cit., pág. 10.

<sup>1276</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, Madrid, Tecnos, 2004, pág. 56, El autor subraya que no se debe confundir Gobierno con Administración, puesto que tal como señala el Tribunal Constitucional en Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre, no son “la misma cosa”.

<sup>1277</sup> Artículo 152.1 de la CE y concordantes de los distintos Estatutos de Autonomía.

<sup>1278</sup> Artículos 140 y 141 de la Constitución y normas reguladoras del régimen local.

<sup>1279</sup> El vigente Estatuto Básico del empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, introdujo un giro terminológico que tiene menos recorrido del que pudo pretender en un principio, puesto que si bien el término “empleado” es más amplio que el utilizado en la Constitución, finalmente el EBEP, y quizá muy a pesar de lo que pudieron ser las pretensiones iniciales de

público los de mérito y capacidad que, junto con el de igualdad enunciado en el artículo 23.2 de la CE, constituyen los tres pilares básicos en este ámbito. Estos principios que se ponen al servicio de la finalidad que la Constitución, en su artículo 103.1, atribuye a la función pública, y que no es otra que la de servir con objetividad los intereses generales, se complementan con los de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación.

No cabe duda de que este planteamiento constitucional supone un esfuerzo por superar configuraciones administrativas impropias de un Estado de Derecho, máxime cuando los precedentes inmediatos mostraban una función pública burocratizada y dudosamente sometida a la Ley. La imposición de un sistema basado en los principios de mérito y capacidad se presenta por oposición al de nombramientos y ceses discrecionales, y tales principios se postulan como una justificación democrática tan sólida como el propio principio electivo, de modo que los espacios a ocupar requieren, en un caso, el mayor apoyo popular, y en otro el mayor nivel de excelencia<sup>1280</sup>. En este contexto debemos encajar el contenido del artículo 49 de la propia CE, algo que no siempre resultará sencillo, y evidenciará importantes conflictos en relación con el alcance de la exigencia de satisfacción de los intereses generales respecto de la de capacidad en el acceso al empleo público respecto de personas que tienen reconocida una discapacidad física, psíquica o sensorial.

Los principios de mérito y la capacidad, por tanto, se presentan como frenos a los sistemas de acceso al empleo público basados en la discrecionalidad, en los que el poder político y el propio empleo público tienen tantos puntos de contacto que, en la práctica, la suerte de uno condiciona el destino del otro. La superación de un modelo corporativista, basado en el *spoil system*, que se desarrollará a lo largo del Siglo XIX, pasará por la profesionalización de los empleados y la

---

quienes intervinieron en su gestación, tramitación y final aprobación, es poco más que el marco legal de la función pública, manteniendo así, y de algún modo consolidándola, la situación dualista que nuestra reciente historia ha generado, y que se ha plasmado en la convivencia de personal funcionario y personal laboral sin una normativa reguladora unitaria. Para este último personal, el EBEP no pasa de ser una norma definidora de la normativa aplicable, generando una situación compleja que hace que el régimen jurídico de estos empleados públicos, muy afectado por las recientes reformas laborales y administrativas, incurra frecuentemente en un exceso de inseguridad jurídica.

<sup>1280</sup> PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pág. 14.

estructuración de la función pública en relación con las necesidades públicas, orientada a la satisfacción de los intereses generales<sup>1281</sup> y basada en la imparcialidad y en la exigencia de igualdad plasmada en el artículo 23.2 de la CE<sup>1282</sup>. Como ya hemos señalado, el artículo 38.3 de la LISMI trasladó el principio constitucional de igualdad a las pruebas selectivas para el ingreso en la Administración Pública y, posteriormente, la Ley 23/1988 introdujo en la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública una Disposición adicional Decimonovena, de acuerdo con la cual, en las ofertas de empleo público se debía reservar un cupo no inferior al 3 por 100 de las vacantes para ser cubiertas por personas con discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 33 por 100, siempre que estas personas superaran las pruebas selectivas, y con la pretensión de que, de este modo, progresivamente se alcanzara el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración del Estado. No hay duda, por tanto, de que el legislador ordinario entendió que las exigencias constitucionales contenidas en los artículos 9.2, 14 y 23 requerían el establecimiento de medidas de reserva en el acceso de los ciudadanos con discapacidad al empleo público que pudieran favorecer la efectividad real del principio de igualdad, asumiendo la convivencia pacífica de tales medidas con los principios constitucionales de mérito y capacidad.

### **5.7.2 La reserva de empleo y el principio constitucional de igualdad**

Como no podía ser de otro modo, la cuestión de la relación entre el principio constitucional de igualdad y los de mérito y capacidad en el acceso al empleo público generó un amplio debate y numerosas controversias doctrinales y prácticas, hasta que el Tribunal Constitucional debió pronunciarse expresamente sobre este asunto, y lo hizo en Sentencia 269/1994, de 3 de octubre. En aquel caso, la recurrente en amparo estimaba que la imposición de cuotas de reserva a favor de personas con discapacidad en un proceso selectivo para el acceso a

---

<sup>1281</sup> PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del Empleo Público*, op. cit., pág. 40.

<sup>1282</sup> A diferencia de lo que ocurre con los principios de mérito y capacidad, que aparecen enunciados en el artículo 103 C.E., este principio de igualdad constitucional disfrutará de todas las garantías derivadas de su ubicación en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la CE. Por otra parte, debe relacionarse el mismo con los principios generales de igualdad consagrados en los artículos 9.2 y 14 de la propia CE, ya analizados en el capítulo 1 de esta obra.

unas plazas de funcionario de una Administración autonómica vulneraba el artículo 14 de la Constitución, así como los artículos 23.2 y 103<sup>1283</sup>.

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

Pero el favorable acogimiento de estas medidas positivas en el ámbito del empleo público por parte del TC no resolvía definitivamente la cuestión de fondo, que no es otra que la de determinar su contenido e intensidad, en un marco de proporcionalidad adecuada que las convierta en auténticos mecanismos impulsores de la igualdad de oportunidades en el empleo público. En este sentido, hay que lamentar que ni la LISMI ni la LIONDAU abordaran significativamente

---

<sup>1283</sup> En síntesis, se entendían vulnerados los principios de mérito y capacidad “para dejar paso al principio de protección de determinados colectivos marginales que lo mismo podría extenderse a otros, como los afectados por el alcoholismo, la drogadicción, la baja renta, o el paro, y que, por muy loable que sea como intención, no alcanza suficiente virtualidad para desconocer aquéllos” y se negaba que la diferenciación de trato introducida pudiera poseer una justificación objetiva y razonable, puesto que la preferencia otorgada “descansa sobre una condición personal (la limitación sensorial que padece), lo que constituye un criterio de diferenciación prohibido expresamente, por arbitrario, en el art. 14 C.E., que en este caso perjudica a las personas que... se encuentran en plena posesión de sus facultades psíquicas y sensoriales”.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

esta cuestión, si bien ambas fueron referentes normativos, muy especialmente en aspectos conceptuales y en la fijación de directrices<sup>1284</sup>. Por otra parte, y fuera del ámbito específico de la normativa relacionada con la discapacidad, se ha podido apreciar, en los años que han precedido a la publicación del vigente TRLGD una incipiente, aunque modesta, transversalidad normativa al aparecer en normas propias de otros ámbitos previsiones relacionadas con el fomento del empleo y la integración laboral de las personas con discapacidad<sup>1285</sup>. No obstante, y muy señaladamente en el ámbito de la contratación pública, queda mucho camino por recorrer, puesto que la incorporación de cláusulas sociales que refuercen, aunque sea de modo indirecto, el compromiso de las Administraciones Públicas con el empleo de las personas con discapacidad, se halla actualmente en un proceso estancado que requiere de un impulso que favorezca la formación en esta materia de los Organismos y Técnicos administrativos, la coordinación y gestión de los Centros Especiales de Empleo y el incremento del grado de sensibilización en las Administraciones Públicas en relación con el empleo de este colectivo<sup>1286</sup>.

Más allá de las dificultades que genera la delimitación de la afectación que la cuota de reserva de empleo establecida en el artículo 42.1 del TRLGD pueda tener respecto de las empresas públicas, que ya se ha analizado

---

<sup>1284</sup> Aspectos como el concepto de persona con discapacidad, los conceptos de accesibilidad y no discriminación, el alcance de los ajustes razonables o la aplicación del principio de igualdad en el acceso y desarrollo del trabajo remunerado aparecían recogidos en la LISMI o en la LIONDAU, e incluso en ocasiones en ambas normas, de modo que constituyeron referentes normativos ineludibles para la regulación del acceso al empleo público de las personas con discapacidad.

<sup>1285</sup> La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público prevé, en su Disposición Adicional Sexta, que los órganos de contratación puedan señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación. En su Disposición Adicional Décima, esta Ley prevé además que podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por ciento de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

<sup>1286</sup> Estudio elaborado en Responsables Consulting en el marco del Programa Operativo de la Lucha contra la Discriminación 2007-2013. Santiago Lesmes (Investigador Principal) y Ana Agüero (Coordinación). Disponible en <http://www.fundacionseres.org/Lists/Informes/Attachments/620/Manual%20de%20contrataci%C3%B3n%20p%C3%ABblica%20responsable%20en%20relaci%C3%B3n%20con%20las%20personas%20con%20discapacidad.pdf>. Consultado en marzo de 2014. págs. 89 a 95.

anteriormente<sup>1287</sup>, en la actualidad conviven dos preceptos, ambos con rango legal, reguladores de la cuota mínima de reserva en el ámbito del empleo público. Por una parte, el artículo 42.2 del TRLGD se limita, como ya se ha visto, a señalar que “en las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia”. Por otra, el artículo 59 del EBEP concreta esa obligación, estableciendo que en las indicadas ofertas se reservará un cupo no inferior al 7 por 100<sup>1288</sup> de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, de las que al menos el 2 por 100 serán ofertadas para personas que acrediten discapacidad intelectual, siempre que en todo caso superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el 2 por 100 de los efectivos totales en cada Administración Pública. En la exposición de motivos de esta norma se dice que en materia de acceso al empleo público “ha sido preocupación esencial garantizar en la mayor medida posible la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como la transparencia de los procesos selectivos y su agilidad, sin que esto último menoscabe la objetividad de la selección” y se añade que ello no es incompatible con la necesaria adopción de medidas positivas para promover el acceso de personas con discapacidad a puestos de trabajo en el sector público.

Hay que señalar, también, que no hay referencia alguna en la normativa vigente a un cupo máximo de reserva. No obstante, el artículo 3.2 del Real Decreto 2271/2004, de 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, establece que en el caso de que las plazas reservadas que resulten cubiertas por personas con discapacidad no superara el 3 por 100 del total de las convocadas, las no cubiertas se acumularán a la reserva del siguiente año, con el límite máximo del

---

<sup>1287</sup> Vid supra apartado 5.4.1.A)

<sup>1288</sup> La primera cuota de reserva de empleo público, como ya se ha señalado, fue introducida por la Ley 23/1988, de 28 de julio, que añadió una Disposición Adicional 19ª a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, fijando el cupo de reserva en un 3 por 100. Posteriormente, la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, elevó el cupo al 5 por 100, porcentaje que fue el inicialmente incluido en el artículo 59 del EBEP. Se aprecia, por tanto, de manera evidente, un fortalecimiento de la reserva de empleo público en relación con las plazas reservadas en las ofertas de empleo, si bien el objetivo final sigue siendo el mismo que el fijado en 1988: alcanzar el 2 por 100 real de empleo público para personas con discapacidad.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

10 por 100. A pesar de que algunos autores han querido ver en este precepto un límite máximo absoluto, no hay que olvidar que se trata de una norma de rango reglamentario y que, en todo caso, se refiere únicamente a la acumulación de plazas no cubiertas en un ejercicio en el cupo del siguiente.

En definitiva, las previsiones contenidas en el artículo 59 del EBEP pretenden evidenciar el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. En este sentido, no olvida el legislador resaltar la necesidad de superación de los procesos selectivos y la compatibilidad de la capacidad del aspirante con las características de las tareas a desempeñar, todo ello en la línea de la doctrina sentada en la STC de 3 de octubre de 1994. Se trata, por tanto, 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 públicos, tal como reclama la Constitución.

### 5.7.3 La concreción de la obligación de reserva: el cupo del 7 por 100

La cuestión que no plantea dudas es la relativa a la obligación de reservar un cupo no inferior al 7 por 100 en las ofertas de empleo público referida a las convocatorias realizadas por parte de cualquier Administración Pública, ya sea estatal, autonómica o local, por una Universidad Pública o por Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, en los términos establecidos en el mencionado artículo 2 del EBEP. No procederá en estos casos, por tanto, exigir una reserva de empleo del 2 por 100 a estos empleadores puesto que, estando sometidos a la normativa contenida en el EBEP y, en consecuencia, a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, únicamente podrán contar con aquellos empleados que superen los procesos selectivos que se hayan diseñado de acuerdo con tales principios<sup>1289</sup>.

---

<sup>1289</sup> DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Valladolid, Lex Nova, 2006. pág. 238. Se pone de manifiesto la visible limitación con que



Hay que comenzar señalando que la reserva de empleo público establecida en el artículo 59 del EBEP se proyecta sobre la totalidad de las plazas convocadas por una determinada Administración<sup>1290</sup>, y no sobre cada uno de los procesos de convocatoria que ésta realice, debiendo aparecer las plazas reservadas perfectamente especificadas en la correspondiente Oferta Pública de Empleo<sup>1291</sup> y en cada una de las convocatorias<sup>1292</sup>. De este modo, el 7 por 100 de reserva afectará a la totalidad de las plazas convocadas, pudiendo resultar un porcentaje distinto en cada uno de los procesos selectivos que se realicen siempre y cuando el resultado final no sea inferior al señalado 7 por 100 de las plazas reservadas para personas con discapacidad en la correspondiente oferta de empleo público, de las que al menos un 2 por 100 han de serlo para personas con discapacidad intelectual. Sobre la cuestión del redondeo de los decimales, se han planteado distintas fórmulas, que van desde aplicar en todo caso el número entero superior<sup>1293</sup> hasta aplicar el más cercano y, consecuentemente, exigir el superior únicamente cuando la fracción sea superior a 0,5<sup>1294</sup>; en todo caso, conviene insistir en las dificultades, ya señaladas anteriormente al analizar el derecho sancionador en materia de reserva de empleo en las empresas, derivadas de realizar este tipo de interpretaciones sin apoyo legal expreso<sup>1295</sup>.

Por otra parte, siempre se ha mantenido una cierta relación entre el cupo de reserva de empleo público y un objetivo concreto de contratación. Así, ya en la Disposición Adicional 19ª de la Ley 30/1984, tanto cuando se introdujo por parte

---

las Administraciones Públicas pueden manejar el proceso selectivo debido a su posición singular en el ordenamiento en relación con las posibilidades de elección más amplias que tienen los restantes empleadores sometidos al derecho privado.

<sup>1290</sup> La reserva afecta también a las plazas de promoción interna, de manera que esta medida de acción positiva actúan directamente en el ámbito de la promoción profesional de los empleados públicos con discapacidad. 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 MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J. (Coordinador): *El empleo público y las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 101.

<sup>1291</sup> Artículo 4 del Real Decreto 228/2014, de 4 de abril, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2014.

<sup>1292</sup> REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: *Pautas para una correcta aplicación de las medidas...*, op. cit., págs. 8 a 12.

<sup>1293</sup> SAN de 4 de julio de 2007 (JUR 2007\236879), y algunas normas de Comunidad Autónoma, como por ejemplo el artículo 3.2 del Decreto 51/2008, de 5 de septiembre, para el acceso al empleo público de las personas con discapacidad de La Rioja (Boletín Oficial de La Rioja de 10 de septiembre de 2008).

<sup>1294</sup> STSJ de Galicia de 13 de octubre de 2005 (JUR 2005\273780).

<sup>1295</sup> Vid Supra 5.4.3.B

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

de la Ley 23/1988 como en la redacción que a la misma dio la Ley 53/2003, se decía que la finalidad última del cupo de reserva era que “progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración del Estado”. Lo cierto es que tras 20 años de vigencia de esta previsión normativa y después de aprobación de un considerable número de ofertas de empleo público por parte de las distintas Administraciones Públicas durante todo este tiempo en las que se ha fijado el preceptivo cupo de reserva, la situación dista mucho de acercarse al mencionado objetivo<sup>1296</sup>. Quizá sea, por tanto, el momento de plantearse medidas coadyuvantes del mismo que vayan más allá de la necesaria pero infructuosa imposición a las Administraciones de reservar ciertas plazas para un pretendido turno específico, aunque a la vista de la placidez con la que el EBEP ha pasado sobre esta cuestión, no parece que el legislador comparta esta opinión. Con seguridad son múltiples las causas del escaso impacto en el acceso de personas con discapacidad al empleo público generado por el cupo de reserva, ya sea éste del 3, del 5 o del 7 por 100, pero no es menos cierto que nada hace pensar en este momento que permanecer en tal estrategia, sin enmienda alguna, vaya a provocar efectos más benéficos en un futuro inmediato<sup>1297</sup>. En este sentido, cabría plantearse la necesidad de incorporar en algunos supuestos convocatorias independientes para personas con discapacidad en el empleo público, sobre la

---

<sup>1296</sup> Sirva como ejemplo que, tal como se recuerda en la exposición de motivos de la Ley 53/2003, según datos facilitados por el Gobierno, como respuesta a una pregunta realizada por el Grupo Parlamentario Socialista, en los años 2000 y 2001 se estima que el porcentaje de personas con discapacidad que llegaron a aprobar en las distintas convocatorias para funcionarios de la Administración General del Estado oscilaba en torno a un desolador 0,2 % sobre el total de plazas convocadas.

<sup>1297</sup> La presencia de empleados públicos con discapacidad en las Administraciones Públicas no puede considerarse, en modo alguno, como la culminación del objetivo de que se produzca en este ámbito una integración real de este colectivo, y cuestiona muy seriamente el cumplimiento de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 23.2 y 49. De hecho, en el Informe sobre Acceso de Personas con Discapacidad al Empleo Público publicado en Junio de 2006 por el Ministerio de Administraciones Públicas se refleja esta situación, al contemplar los datos correspondientes a las ofertas de empleo público de los años 2003, 2004 y 2005; en estos períodos fueron convocadas, en turno libre, 113, 205 y 237 plazas, respectivamente, resultando aprobadas un total de 46, 95 y 124 personas con discapacidad, también respectivamente. La “*tendencia alcista*” a la que hace referencia el informe no puede ocultar la insatisfactoria conclusión de que por esta vía se han incorporado al empleo público en la Administración General del Estado un total de 265 personas con discapacidad en tres años. En posterior informe correspondiente a los años 2006 a 2008, el mismo Ministerio reconoció que se habían convocado un total de 925 plazas de empleo público para personas con discapacidad en la Administración General del Estado en esos tres años, resultando cubiertas únicamente 507. Nuevamente, son tan apreciables la mejora de los resultados como su evidente insuficiencia.

base del respeto a los principios de mérito y capacidad pero también de la inclusión de capacidades diferentes<sup>1298</sup>.

Por otra parte, resulta llamativa la actitud de las propias empresas públicas que se desprende de datos estadísticos y de informes basados en encuestas a los gestores de las mismas. En este sentido, más del 80% de las que resultan obligadas por ley a la incorporación de trabajadores con discapacidad como consecuencia de una obligación de reserva argumentan que no poseen elementos de juicio para no hacerlo, o al menos no los verbalizan, pero comentan la posibilidad de no contar con empleados con discapacidad porque simplemente no se presentan a los diferentes procesos de selección. Los encuestados se muestran en general reticentes a creer que estas personas puedan desarrollar plenamente su actividad laboral, y tan solo el 60% apuesta por la capacidad laboral y unos resultados aceptables del colectivo. En general, se piensa que estos individuos no están preparados, que su formación profesional no es la adecuada, que los servicios de ayuda que requieren no están disponibles en el lugar de trabajo, que no cumplirán por la dificultad que tienen para trasladarse por la ciudad, entre otros puntos. Es más, subyacen ciertas reticencias en la mayoría de las empresas públicas que no incluyen a personas con discapacidad en sus nóminas, aludiéndose de un modo recurrente a la existencia de ciertas barreras físicas<sup>1299</sup>.

#### **5.7.4 El cupo de reserva de empleo público en el EBEP y en la normativa autonómica**

Con la aprobación del EBEP se pretende unificar la normativa común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, pero además se determinan las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio<sup>1300</sup>. De este modo, el EBEP necesitará el oportuno desarrollo normativo a

---

<sup>1298</sup> MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.: «Conclusiones generales», en MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J. (Coordinador): *El empleo público y las personas con discapacidad*, op. cit., págs. 424 a 425.

<sup>1299</sup> CONTRERAS, R. y GUILLÉN GESTOSO, C.: *Discapacitados y empresas en Europa...*, op. cit., pág. 134.

<sup>1300</sup> GOÑI SEIN, J.: «Ámbito subjetivo de aplicación del estatuto. Concepto y clases de empleado público. La adquisición y pérdida de la relación de servicio» En AA.VV.: *El estatuto básico del empleado público*. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Murcia, Ediciones Laborum, 2008, pág. 116. El autor señala que, a pesar de que se invoca una

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

través de las leyes de función pública de las distintas Comunidades Autónomas, así como aquellas que sean aplicables a la Administración Local, con respeto en este caso a la autonomía organizativa propia de este ámbito. Viene así el EBEP a intentar paliar la “dispersión de la normativa básica” que menciona y que le precedió, procurando ajustar el nuevo marco normativo a los profundos cambios que nuestras Administraciones Públicas han venido sufriendo desde la aprobación de la normativa anterior que, conviene no olvidarlo, ha estado en vigor más de veinte años. Por otra parte, hay que tener en cuenta que hemos asistido a un permanente proceso descentralizador que ha provocado un incremento de las estructuras administrativas de las Comunidades Autónomas y el consecuente adelgazamiento de las de la Administración General del Estado<sup>1301</sup>, a la vez que hemos asistido al imparable crecimiento del empleo público local, caracterizado por la atomización de este ámbito y las consecuentes dificultades que presenta una galaxia de más de 8.500 entidades locales<sup>1302</sup>.

Sobre estas bases, el artículo 6 del EBEP establece que, en desarrollo del mismo, las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las Leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas. Después de los años transcurridos desde la aprobación de la norma básica, todavía persisten muchas normas de función pública autonómica aprobadas antes del propio EBEP, y todo apunta a que su desarrollo se irá produciendo con menor rapidez de la que las grandes expectativas que se generaron en un principio podían hacer suponer.

---

pretendida uniformidad en la regulación de ambos colectivos, funcionarios y personal laboral, no se ha plasmado en la nueva norma, que regula de manera común a ambos algunas materias pero que, en general, mantiene dos órdenes normativos diferentes para unos y otros, resultando la normativa laboral el referente principal para el personal laboral. Sobre la cuestión.

<sup>1301</sup> MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.: «El acceso al empleo público de las personas con discapacidad en las Administraciones Públicas Autonómicas. Un diagnóstico normativo», en MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J. (Coordinador): *El empleo público y las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 112.

<sup>1302</sup> BOLTAINA BOSCH, X.: «La experiencia en las Administraciones locales», en MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J. (Coordinador): *El empleo público y las personas con discapacidad*, op. cit., págs. 188 a 190.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que las materias que se verán afectadas por el desarrollo del EBEP a través de las distintas leyes de función pública serán de una notable importancia, considerando las permanentes alusiones que a tales leyes realiza el propio Estatuto a lo largo de su articulado, y que se refieren a cuestiones tan relevantes como la determinación de puestos de trabajo a desarrollar por el personal laboral, las condiciones de regulación del personal eventual, la regulación de la carrera profesional y las situaciones administrativas, la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias, los derechos colectivos de los empleados públicos, el propio sistema de estructuración del empleo público, la movilidad de los empleados públicos, determinados sistemas de provisión de puestos de trabajo, o el régimen disciplinario. Por otra parte, la aprobación de estas leyes de función pública que desarrollarán el EBEP condiciona incluso el momento en que parte de su contenido comenzará a producir efectos<sup>1303</sup>, cuestión nada baladí y que, en definitiva, afecta a la propia aplicación de la norma, de manera que una dilación excesiva en su desarrollo la desactiva al menos de manera parcial, generando un régimen de transitoriedad que provoca incertidumbre y que en nada favorece la consecución del objetivo de ordenación de la normativa de función pública en todas las Administraciones Públicas que el propio EBEP enuncia.

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

---

<sup>1303</sup> La Disposición Final Cuarta del EBEP establece que lo previsto en sus Capítulos II y III del Título III, excepto el artículo 25.2, y en el Capítulo III del Título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del propio EBEP.

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

en el artículo 59 del EBEP, precepto en el que, por cierto, no se hace referencia alguna a la citada normativa de desarrollo.

Hay que tener en cuenta que el mencionado artículo 59 se halla incluido en el Capítulo I del Título IV del EBEP, dedicado al acceso al empleo público y a la adquisición de la relación de servicio, que se abre con el artículo 55 para señalar que las Administraciones Públicas, Entidades y Organismos a que se refiere el artículo 2 del propio Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales, así como los que se señalan en el propio artículo, con la única salvedad de aquellas Administraciones Públicas que, en el ámbito de sus competencias, deberán prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales. Tal parece, pues, el único margen establecido fuera de las previsiones que el EBEP contiene en esta materia y, por tanto, no cabría desarrollo alguno respecto del cupo de reserva de empleo para personas con discapacidad.

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

No obstante, y por lo que hace referencia a las normas de función pública autonómicas aprobadas tras la entrada en vigor del EBEP, en materia de reserva de empleo público para personas con discapacidad se han apreciado algunos supuestos en los que se ha modificado el contenido del artículo 59 del EBEP, discutiendo así su carácter básico y la imposibilidad de desarrollo del mismo. Es el caso, por ejemplo de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana (BOE de 6 de agosto de 2010), cuyo artículo 55 establecía que en las ofertas de empleo público de esa Comunidad Autónoma se reservaría un cupo no inferior al 7 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad. Considerando que en aquellos momentos el artículo 59 del EBEP establecía un cupo del 5 por 100<sup>1304</sup>, se producía una evidente ampliación de la obligación de reserva. Actualmente coinciden los porcentajes de reserva en la norma estatal y en la valenciana, pero ésta no previó reserva específica alguna para las personas con discapacidad intelectual, por lo que en ese ámbito debe entenderse modificada por el contenido del vigente artículo 59 del EBEP. Idéntica situación a la señalada en la Comunidad Valenciana se ha producido en otras Comunidades, como por ejemplo Galicia, ya que la Disposición Adicional Séptima del Texto Refundido de la Ley de Función Pública de esta Comunidad, aprobado por Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo (BOE de 11 de julio) estableció también un cupo de reserva de empleo público del 7 por 100, en aquel momento superior al establecido con carácter general. Algunas normas posteriores al EBEP, pero anteriores a la modificación operada en su artículo 59 por la Ley 26/2011, han recogido su contenido vigente sin presentar diferencias significativas en la regulación, incorporando anticipadamente la novedad que en la norma estatal provocó la adaptación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad<sup>1305</sup>.

En aquellos casos en los que todavía no se han aprobado normas de función pública autonómicas con posterioridad a la entrada en vigor del EBEP, la reserva

---

<sup>1304</sup> Como ya se ha señalado anteriormente, el actual cupo del 7 por 100 fue introducido en el artículo 59 del EBEP por el artículo 11 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>1305</sup> Es el caso del artículo 41 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (BOE de 2 de mayo de 2011).

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

de empleo público que se regula acostumbra a tener formulaciones muy genéricas, y dista mucho en amplitud del contenido de la norma estatal, por lo que prevalecerá ésta en todo caso. Así sucede, por ejemplo, con el artículo 26 del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de Función Pública, que establece, sin precisar cupo alguno, que el Gobierno autonómico ha de promover las condiciones necesarias para facilitar el acceso a la función pública de personas discapacitadas en igualdad de condiciones que el resto de aspirantes<sup>1306</sup>. La Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, en su Disposición Adicional Séptima, ya se refería a que “los *minusválidos* serán admitidos, en igualdad de condiciones con los demás aspirantes, en los procedimientos de selección para el acceso al servicio de las Administraciones Públicas Vascas, siempre que reúnan las condiciones de aptitud para el desempeño de la función” y añadía que “en las pruebas selectivas se establecerán las adaptaciones de tiempo y medios que fueran precisos para su realización por personal *minusválido*, siempre que con ello no se desvirtúe el contenido de la prueba ni se reduzca o menoscabe el nivel de aptitud exigible en la misma”. En semejantes términos se pronuncia el Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuya Disposición Adicional Quinta establece que “los *disminuidos* físicos, psíquicos o sensoriales serán admitidos, en igualdad de condiciones con los demás aspirantes, a las convocatorias de selección para el acceso a la Administración de la Comunidad Autónoma cuando acrediten la aptitud necesaria para el desempeño de la función” y añade que “en las pruebas selectivas se establecerán las adaptaciones de tiempo y medios que fueran precisas para su realización por los aspirantes *minusválidos*, y que no desvirtúen el contenido de la respectiva prueba ni

---

<sup>1306</sup> Posteriormente, la Ley 4/2000, de 26 de mayo, de medidas fiscales y administrativas (*Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* de 29 de mayo de 2000) introdujo una modificación en el artículo 27 de esta norma catalana para establecer, en su apartado primero, que con la finalidad de poder lograr que el 2 por 100 de la plantilla sea cubierto por personas discapacitadas que tengan reconocida la condición legal de disminuidas, se establece una reserva de hasta un 5 por 100 de las plazas incluidas en las ofertas de ocupación pública. Nuevamente, la normativa básica estatal supera actualmente esta previsión, por lo que resultará aplicable en todo caso.



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

En definitiva, y al igual que sucede con el resto de materias reguladas en la normativa de desarrollo del EBEP, el acceso de las personas con discapacidad al empleo público deberá regirse por lo dispuesto en el artículo 59 de la norma estatal, y aplicarse y desarrollarse coordinadamente en los distintos territorios del Estado. En este sentido, el propio EBEP regula una Conferencia Sectorial de Administración Pública<sup>1307</sup>, de la que depende la Comisión de Coordinación del Empleo Público, una de cuyas competencias es precisamente “impulsar las actuaciones necesarias para garantizar la efectividad de los principios constitucionales en el acceso al empleo público”. Una vez más, la paulatina aparición de la normativa de desarrollo y las actuaciones que estos órganos de cooperación entre Administraciones Públicas lleven a cabo condicionarán la valoración final que la reforma pueda merecer en relación con la materia que nos ocupa.

#### **5.7.5 Convocatorias y adaptaciones en el empleo público restringido a personas con discapacidad**

En el ámbito del empleo público, la cuota de reserva del 7 por 100 se complementa, desde el punto de vista de la acción positiva, con el deber de adaptación. A partir del mandato legal contenido en el artículo 59 del EBEP, que exige a cada Administración Pública la adopción de las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el

---

<sup>1307</sup> El artículo 100 del EBEP establece que “La Conferencia Sectorial de Administración Pública, como órgano de cooperación en materia de Administración pública de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades de Ceuta y Melilla, y de la Administración Local, cuyos representantes serán designados por la Federación Española de Municipios y Provincias, como asociación de entidades locales de ámbito estatal con mayor implantación, sin perjuicio de la competencia de otras Conferencias Sectoriales u órganos equivalentes, atenderá en su funcionamiento y organización a lo establecido en la vigente legislación sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas”.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad<sup>1308</sup>, el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, regulador del acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad en la Administración central, supuso un hito importante al reflejar en su artículo 19.1 con carácter estable el derecho de las personas con discapacidad a adaptaciones de tiempo y de medios<sup>1309</sup>. Por otra parte, fuera del ámbito de la Administración General del Estado, se han aprobado reformas específicas, como es el caso, para la Carrera Judicial, del Acuerdo de 2 de abril de 2008, del Pleno del Consejo del Poder Judicial, mediante el que se modifica el Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial.

Las adaptaciones, que procederán tanto si se concurre por turno libre como por turno reservado<sup>1310</sup>, e incluso en las convocatorias de personal temporal<sup>1311</sup>, no se ciñen únicamente al ámbito de las pruebas selectivas, sino que también están presentes en otros momentos de los procesos, como son los cursos de formación incluidos en los propios procesos selectivos y los periodos de prácticas<sup>1312</sup> previstos en el artículo 61.5 EBEP. El Real Decreto 2271/2004 exige que la Administración convocante indique expresamente la posibilidad de introducir adaptaciones, así como que los interesados puedan formular la correspondiente petición concreta en la solicitud de participación, precisando los ajustes o adaptaciones de medios o de tiempos necesarios para desarrollar adecuadamente las pruebas, no admitiéndose las solicitudes vagas o inconcretas<sup>1313</sup>.

El Real Decreto 2271/2004 se complementa, en esta materia, con la Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen criterios generales para la

---

<sup>1308</sup> Exigencia reiterada, en semejantes o idénticos términos, en las normas de función pública autonómicas aprobadas tras la entrada en vigor del EBEP y, en definitiva, presente en todos los ámbitos territoriales atendido el carácter básico de la normativa estatal.

<sup>1309</sup> CASADO PÉREZ, D.: «Introducción. El Programa pro acceso de las personas con discapacidad...», op. cit., págs. 12 a 13.

<sup>1310</sup> STS de 5 de mayo de 2008 (JUR 2008\185402) y SAN de 17 de marzo de 1998 (RJCA 1998\846).

<sup>1311</sup> Siempre que incluyan fase de oposición y se convoquen al menos 20 plazas en un mismo ámbito de participación, es decir, en cada convocatoria. Artículo 5.1 del Real Decreto 2271/2004.

<sup>1312</sup> Artículo 8.1 del Real Decreto 2271/2004.

<sup>1313</sup> STSJ del País Vasco de 30 de junio de 2005 (JUR 2005\487).

adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad. Esta norma establece, en su apartado cuarto, que las personas con discapacidad deberán adjuntar el Dictamen técnico facultativo emitido por el órgano de calificación del grado de discapacidad, acreditando de manera fehaciente las deficiencias permanentes que han dado lugar al grado de discapacidad. Por otra parte, en el apartado quinto se establece que el órgano de selección podría requerir a los órganos técnicos de calificación del grado de discapacidad un informe en relación con la necesidad de adaptación de tiempos para el desarrollo de la prueba selectiva en cada caso concreto. En este caso, el órgano de calificación conocerá previamente las exigencias de las pruebas y los medios disponibles aceptados por el órgano de selección así como las capacidades del aspirante, debiendo el informe del órgano técnico de calificación resolver sobre la idoneidad de adecuar la prueba y tiempos recomendados y, en su caso, las correspondientes consideraciones técnicas. La consecuencia de la omisión de las medidas de adaptación solicitadas e identificadas por el aspirante con discapacidad dará lugar a la retroacción de las actuaciones hasta el momento en el que aquéllas se denegaron<sup>1314</sup>, sin que sea posible enmendar posteriormente la omisión calculando los supuestos resultados que se habrían obtenido de haberse concedido las adaptaciones.

Por lo que hace referencia a las adaptaciones de tiempo, que no se concederán de forma automática, sino únicamente cuando la discapacidad guarde relación directa con la prueba a realizar, el artículo 7.3 del Real Decreto 2271/2004 señala que consistirán en “la concesión de un tiempo adicional para la realización de los ejercicios”, fijando los criterios generales mediante resolución conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Trabajo y Asuntos Sociales<sup>1315</sup>. Esta previsión reglamentaria concluyó con la publicación de la ya citada Orden PRE/1822/2006, en cuyo Anexo se prevén ampliaciones específicas de tiempo basadas en una amplia tipología de deficiencias acreditadas, pudiéndose como máximo conceder el doble del tiempo normal para la realización de la prueba.

---

<sup>1314</sup> SAN de 17 de marzo de 1998 (RJCA 1998\846).

<sup>1315</sup> Actualmente, de Hacienda y Administraciones Públicas, y de Empleo y Seguridad Social, respectivamente.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

El artículo 8.4 del Real Decreto 2271/2004 prevé, además de estas adaptaciones de tiempo, las de los medios y los ajustes razonables, definidos como un conjunto que en sí mismo incluye tres tipos de ajustes, de entre los que destacan los referidos a los medios materiales y humanos, las asistencias y apoyos y las ayudas técnicas y/o tecnológicas asistidas que se precisen para la realización de las pruebas. En este caso, en ausencia de previsión en el Real Decreto de desarrollo específico<sup>1316</sup>, el órgano de selección deberá resolver caso por caso, en la medida en que haya relación entre la discapacidad y la prueba a realizar<sup>1317</sup>. Por su parte, el Real Patronato Sobre Discapacidad ha señalado como pauta de funcionamiento de los procesos selectivos que “no es discutible la necesidad de una máquina de mecanografía en Braille para los ciegos o, en su caso, de un intérprete de lenguaje de signos y/o la adaptación escrita de las preguntas para los aspirantes sordos que lo necesiten”<sup>1318</sup>. Tampoco parece que puedan cuestionarse otras adaptaciones frecuentemente solicitadas, como es el caso de sillas o mesas especiales o bien la atención especializada en la transmisión de las instrucciones de realización del ejercicio<sup>1319</sup>. En todo caso, las adaptaciones de medios no pueden suponer una reducción de las exigencias funcionales del puesto de trabajo a desarrollar<sup>1320</sup>, si bien deben ser aceptadas cuando suponen una compensación de una desventaja, en términos de proporcionalidad<sup>1321</sup>, y deben abarcar no únicamente el proceso selectivo como tal, sino también la accesibilidad de la información y la comunicación de los procesos, por un lado, y a

---

<sup>1316</sup> La falta de una disposición específica como la Orden PRE/1822/2006, de tiempos, puede generar mayores dudas, razón por la que cobra mayor interés el informe de los órganos técnicos de la Administración laboral, sanitaria o de los órganos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

<sup>1317</sup> Sirva como ejemplo de este tipo de adaptaciones, la ampliación del tamaño de la letra del cuestionario de la prueba selectiva. STSJ del País Vasco de 30 de junio de 2005 (JUR 2005\207202).

<sup>1318</sup> REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: *Pautas para una correcta aplicación de las medidas...*, Real Patronato sobre Discapacidad, op. cit., pág. 18.

<sup>1319</sup> FERNÁNDEZ-CUERVO ARROYO, A.: «Normativa de las Comunidades Autónomas en materia de acceso a su Función Pública, con especial referencia, en su caso, a las relativas al acceso al empleo público de las personas con discapacidad», en AA.VV.: *Acceso de las Personas con Discapacidad al Empleo Público 1985-1999*, op. cit., pág. 32, pág. 87.

<sup>1320</sup> STS de 19 de mayo de 2006 (RJ 2006\2372). Las adaptaciones de medios no deben consistir en una reducción, por ejemplo, del esfuerzo a realizar en las pruebas de aptitud física cuando se entienda que la realización del esfuerzo es necesario para el desempeño de la función.

<sup>1321</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J.: «La situación actual del acceso a la función pública de las personas con discapacidad...», op. cit., pág. 91.

la accesibilidad del propio recinto o espacio físico donde se desarrollen las pruebas, por otro.

Una vez superado el proceso selectivo, el deber de adaptación abarcará tanto a la adjudicación del puesto de trabajo como a la adaptación del mismo. Para el primer caso, el Real Decreto 2271/2004 establece, en su artículo 9, reglas específicas para aspirantes con discapacidad que hayan sido admitidos en convocatoria ordinaria con plazas reservadas, previendo en su artículo 3.3 que al finalizar el proceso se elabore una relación única de aprobados, que incluirá a los opositores por turno abierto y por turno reservado, ordenada en base a la puntuación total obtenida por cada candidato. No obstante, únicamente las personas con discapacidad que hayan obtenido plaza por turno reservado podrán solicitar al órgano convocante la alteración del orden de prelación para la elección de destino<sup>1322</sup>. El candidato que solicite la alteración del orden de prelación deberá alegar y acreditar motivos de dependencia personal, dificultades de desplazamiento u otros de carácter análogo, de modo que si la alteración está debidamente justificada y acreditada, podría procederse a modificar el orden de prelación, debiendo ser esta posibilidad tratada restrictivamente, ya que el artículo 9 del Real Decreto 2271/2004 señala que el órgano convocante deberá limitarse a realizar “la mínima modificación en el orden de prelación necesaria para posibilitar el acceso al puesto de la persona discapacitada”.

Para finalizar, y por lo que hace referencia a las adaptaciones de los puestos de trabajo, podrán ser de carácter estructural u organizativo<sup>1323</sup>. En este sentido, el artículo 10 del Real Decreto 2271/2004 reconoce este derecho a las personas con discapacidad, previo informe del órgano competente que acredite, de un lado, la procedencia o necesidad de la adaptación y, de otro, la compatibilidad entre la discapacidad y las funciones atribuidas al puesto o puestos tras la introducción de la adaptación. Por otra parte, el artículo 12 del Real Decreto 2271/2004 determina que la Administración fomentará la formalización de convenios con entidades relacionadas con la discapacidad, orientados a la realización de proyectos de

---

<sup>1322</sup> CORDERO GORDILLO, V.: «El acceso al empleo público de las personas con discapacidad», op. cit., pág. 12.

<sup>1323</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: «Igualdad de Oportunidades, discapacidad y empleo», págs. 561 y sig.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

empleo con apoyo, con la finalidad de facilitar la integración en el sector público estatal de personas con discapacidad que presenten especiales dificultades; sobre esta base, caben adaptaciones orientadas al apoyo o acompañamiento laboral previsto para empleados públicos afectados por especiales dificultades y que en el ámbito de la empresa se encuentra regulado Real Decreto 870/2007, de 2 de julio. Tales convenios, si se pretende conseguir la integración de personas con especiales dificultades, debieran estar financiados por la Administración del Estado<sup>1324</sup>.

### 5.7.6 Valoración de la actual regulación de la cuota de reserva de empleo público

Resulta innegable la necesidad de que el empleo público se implique de manera decidida con el compromiso de la igualdad de oportunidades y, por ende, con establecer mecanismos eficaces para que las personas con discapacidad puedan acceder, en esas condiciones, a puestos de trabajo en las Administraciones Públicas. Sin duda, la reserva de empleo en las convocatorias puede resultar un mecanismo válido a estos efectos, pero en la práctica, como se ha visto, los resultados no son especialmente satisfactorios, puesto que las Administraciones cumplen sobradamente reservando un turno específico para personas con discapacidad en las correspondientes convocatorias, sin que necesariamente tal reserva deba corresponderse con un objetivo específico de empleo público para personas con discapacidad.

Del mismo modo que la discriminación en el acceso al empleo público puede ser corregida con políticas integrales de igualdad de oportunidades en todos los ámbitos sociales<sup>1325</sup>, las cuotas de reserva no deben limitarse a crear una apariencia de igualdad de oportunidades sin reflejo en el empleo real. Las sucesivas Ofertas Públicas de Empleo han venido impulsando entornos de igualdad de oportunidades cada vez más efectivos, estableciendo condiciones

---

<sup>1324</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J.: «La situación actual del acceso a la función pública...», op. cit., págs. 98 a 99.

<sup>1325</sup> La incorporación de la mujer al empleo público en condiciones de igualdad es un hecho, sin que se haya precisado una reserva de plazas para este colectivo. En la actualidad, el número de mujeres empleadas en el total de Administraciones Públicas en España supera al de hombres.

más acordes con la realidad de la discapacidad y del propio empleo público. No obstante, la previsión, contenida en las propias Ofertas, de que las plazas que no sean ocupadas por los turnos restringidos de promoción interna para personas con discapacidad puedan ser acumuladas a las del turno general, atenúa la eficacia de esta medida<sup>1326</sup>. Sea como fuere, la finalidad de la reserva de empleo público debe ser posibilitar la incorporación de un número creciente de personas con discapacidad, representativo de la presencia que la discapacidad tiene en la propia sociedad, y no incrementar cada vez más los turnos restringidos sin conseguir ese objetivo final.

Por tanto, no parece razonable continuar la senda del aumento del porcentaje de reserva de empleo en el ámbito público, que comenzó siendo del 3 por 100 y ahora alcanza ya el 7 por 100. No estamos ante un problema de estrechez de cupo, puesto que la realidad nos muestra que en muy pocos casos este turno restringido resulta insuficiente para dar cabida en el empleo público a la totalidad de candidatos con discapacidad que superan las pruebas acreditando mérito y capacidad suficientes para el desempeño de las funciones propias de las plazas ofertadas. El problema es más bien otro, y tiene relación con la dificultad que las personas con discapacidad han tenido y siguen teniendo para desarrollarse en condiciones de igualdad en todos los ámbitos sociales, comenzando por el educativo<sup>1327</sup>, algo que penaliza especialmente a este colectivo en el acceso al empleo público, ya que éste continúa organizado alrededor del requisito de las titulaciones habilitantes. Cabe concluir, por tanto, que no procede un incremento del porcentaje de reserva en el empleo público, si bien deben explorarse

---

<sup>1326</sup> No sucede lo mismo con las de turno libre, ya que el artículo 4 del Real Decreto 218/2013, de 22 de marzo, establece expresamente que las plazas reservadas para las personas con discapacidad que queden desiertas en los procesos de acceso libre, no se podrán acumular al turno general.

<sup>1327</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, V.: *La Universidad y los estudiantes con discapacidad*, en AA.VV.: *Jornadas: inclusión de los estudiantes con discapacidad en la Universidad. Necesidades y demandas*, Madrid, UNED, 2011, págs. 37 a 38. Precisamente una de las pruebas evidentes de esas específicas dificultades para el acceso a la Universidad de las personas con discapacidad es el hecho de que sea precisamente una Universidad a distancia, la UNED, la que más ha crecido en el número de estos estudiantes en los últimos tiempos, siendo además la que más universitarios con discapacidad tiene en España. En el año 1997 había en la UNED 113 estudiantes con discapacidad matriculados, mientras que en 2011 el número había subido hasta alcanzar un total de 6.421 estudiantes con discapacidad.

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

mecanismos de acción positiva que posibiliten una incorporación razonable de personas con discapacidad al mismo.

En este sentido, y respetando las exigencias constitucionales de mérito y capacidad en el acceso a este ámbito del empleo, en la medida en que las personas con discapacidad en su conjunto presentan déficits formativos derivados de sus dificultades en este ámbito y de las discriminaciones que han podido sufrir en el mismo, debería imponerse a la Administración convocante el deber de compensar a los candidatos con discapacidad de esas desventajas formativas iniciales mediante, por ejemplo, el establecimiento de cursos específicos para estas personas sobre las materias que componen los temarios de las pruebas selectivas. También podría plantearse, alternativamente a este sistema, el establecimiento de pruebas específicas para personas con discapacidad en los procesos selectivos, que cumplieran los mínimos exigidos para el desempeño funcional del puesto de trabajo ofertado en las que, de no cubrirse el cupo pudiera abrirse un proceso de formación complementaria, limitado en el tiempo, para aquellos candidatos con discapacidad que hubieran obtenido las mejores puntuaciones sin alcanzar la mínima exigida, de modo que pudieran, tras ese proceso formativo posterior, repetir la prueba selectiva en una única ocasión.

Por otra parte, en la configuración de los cuerpos y escalas de funcionarios y en la de los grupos profesionales del personal laboral, así como en las propias relaciones de puestos de trabajo, debieran ponderarse los requisitos formativos de modo que no resultaran un obstáculo infundado para el acceso a determinados puestos de trabajo. La tendencia cada vez más extendida a exigir titulaciones de diverso tipo para cualquier puesto de trabajo en el sector público, muchas veces en ausencia de relación razonable con las funciones propias de la plaza convocada, penalizan innecesariamente a un colectivo especialmente castigado todavía por la falta de igualdad de oportunidades en el ámbito educativo. Convendría, para paliar estos excesos, escuchar a los representantes de las personas con discapacidad, a través de informes preceptivos y no vinculantes, en el momento de elaborar normas relativas a la configuración de los cuerpos,



escalas o grupos profesionales, así como en los procesos de elaboración de las relaciones de puestos de trabajo.

Las medidas propuestas, potenciadoras de la propia cuota de reserva, debieran mantenerse en el tiempo al menos hasta que la previsión contenida en el artículo 59 del EBEP de alcanzar el 2 por 100 real de puestos de trabajo en el sector público ocupados por personas con discapacidad, sea una realidad.

Alrededor de la cuota de reserva se han instrumentado, como hemos visto, otras acciones positivas, no todas ellas directas, que pretenden favorecer la eficacia de la propia reserva de empleo. En este sentido, la incorporación de los deberes de adaptación y de los ajustes razonables han cumplido, aunque limitadamente, esa misión en la medida en que han posibilitado la presencia de candidatos con discapacidad en mayores condiciones de igualdad de oportunidades en los procesos selectivos. No obstante, estas medidas adicionales no palian el problema de base que hemos comentado anteriormente, por lo que, manteniéndolas, deben ser complementadas con otras acciones que permitan generar indirectamente empleo de personas con discapacidad, impulsado desde el ámbito público pero sin que necesariamente constituya empleo público. Nos referimos, por ejemplo, a las denominadas cláusulas sociales que debe contener la contratación pública responsable, y que pueden favorecer el empleo de trabajadores con discapacidad en empresas que se relacionan con las Administraciones públicas como proveedores, suministradores o prestadores de servicios. En este ámbito, un cambio normativo desde las recomendaciones hacia las obligaciones favorecería notablemente el impulso del empleo de las personas con discapacidad.

**Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

### CONCLUSIONES

Muchas personas, en distintas épocas, han venido sufriendo discriminación como consecuencia de su discapacidad, tanto en el ámbito del empleo y en el desarrollo de las relaciones laborales como en muchos otros, hasta el punto de que podemos afirmar que en un estado social la falta de igualdad de oportunidades constituye, en sí misma, una lacra social. Es cierto, no obstante, que la percepción de esta situación difiere mucho entre unos ciudadanos y otros, dependiendo normalmente del papel que la discapacidad desempeña en la vida de cada uno de ellos, ya sea directamente o por proximidad con alguna persona que la presenta. Se plantea, por tanto, la necesidad imperiosa de luchar contra todas las formas de discriminación que afectan a la discapacidad, y de hacerlo de una manera decidida y resuelta, huyendo de los viejos planteamientos asistencialistas, pero sin caer por otra parte en la tentación de fomentar la igualdad de oportunidades sin legislar, recurriendo a la elaboración de Estrategias cuyos contenidos esenciales no acaban, normalmente, trasladándose al derecho positivo.

A lo largo de la presente tesis se ha analizado el derecho a la igualdad en sentido genérico y también en el específico contexto de la discapacidad, y se puede afirmar que la inquietud por favorecer la igualdad, tanto formal como material, en las sociedades actuales es fácilmente perceptible y que los avances en términos históricos han sido relevantes, pero también que, a pesar del largo camino recorrido, es posible que quede todavía otro más extenso por recorrer. En realidad, las normas internacionales y las legislaciones internas actuales han corregido, en la mayoría de los casos, de manera satisfactoria las discriminaciones en las leyes. También la posición de los ciudadanos ante la ley, en términos de igualdad, ha mejorado tras la progresiva aplicación de normativas antidiscriminatorias. Pero no se puede afirmar lo mismo respecto de la igualdad material, aquella que hace referencia a la necesidad de que la lucha contra la discriminación redunde en una igualdad efectiva en el ejercicio de los derechos por parte de todos los ciudadanos, presenten o no discapacidad.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

Es en este último ámbito en el que la igualdad de oportunidades en el empleo y la igualdad de trato en el trabajo representan un papel relevante, hasta el punto de que bien podemos asumir que la constatación de la necesidad de aplicación permanente de medidas de acción positiva para favorecer ese disfrute efectivo de los derechos constitucionales por parte de los ciudadanos con discapacidad, y la insuficiencia de tales medidas para corregir de manera satisfactoria las abundantes situaciones reales de discriminación todavía presentes, no es sino la del fracaso de las políticas antidiscriminatorias actuales, un tanto autocomplacientes con los logros conseguidos y timoratas a la hora de plantear cambios relevantes en la normativa que permitan superar el actual estancamiento de la cuestión.

Sobre esta premisa, y a partir del análisis de los distintos aspectos relacionados con el principio de igualdad, el derecho al trabajo y el empleo de las personas con discapacidad, se presentan las siguientes conclusiones:

1. La configuración constitucional del principio de igualdad, en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, abarca tanto la vertiente puramente formal del mismo como la material, traducida esta última en la efectividad del derecho a la igualdad a través del mandato expreso a los poderes públicos para que esa igualdad sea efectiva y permita a los ciudadanos un real disfrute de los derechos constitucionales. El rango constitucional del derecho a la igualdad supone la disposición de las máximas garantías para exigir su cumplimiento, si bien es cierto que la acción legislativa y la aplicación efectiva de las normas no merecen idéntico juicio a la hora de valorar el impacto que una y otra han tenido en la corrección de las discriminaciones.

Así, y sobre la base de la evolución normativa del principio de igualdad en la normativa internacional y en la de otros países que cuentan con una experiencia legislativa más dilatada que la española, en la actualidad podemos afirmar que contamos con un marco normativo general suficientemente desarrollado, si bien es cierto que, tanto en la producción de las normas como en la aplicación de las mismas, se aprecia una mayor incidencia de los aspectos relacionados con las discriminaciones por razón de sexo. De hecho,

## Conclusiones

---

la configuración jurisprudencial de este derecho a la igualdad, y los límites del mismo, se han basado principalmente en la aplicación de los juicios de proporcionalidad y racionalidad en relación con las acciones destinadas a luchar contra la discriminación de las mujeres en distintos ámbitos de la vida social, incluido el laboral.

2. Sin menospreciar el gran valor que la labor del Tribunal Constitucional y de los órganos jurisdiccionales ha tenido en este ámbito, lo cierto es que la discapacidad se presenta en la práctica como una circunstancia que genera discriminaciones más agresivas, aunque en ocasiones puedan pasar más desapercibidas como consecuencia de la generalizada indiferencia social hacia la discapacidad. En este sentido, la progresiva sutileza con la que las distintas formas de discriminación se presentan, especialmente en el caso de las indirectas, no resta un ápice de injusticia y crueldad a las mismas, por lo que parece completamente justificado establecer normas correctoras de la discriminación de especial intensidad en el caso de la discapacidad. Sobre la base general de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la específica de la Directiva 2000/78/CE, deficientemente transpuesta a nuestro derecho interno, hay que construir una normativa decididamente reactiva ante la discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo y del trabajo. La tarea no resulta sencilla puesto que, en este campo, ya se ha opuesto la libertad de empresa al desarrollo de las medidas de acción positiva, y se ha invocado reiteradamente la vulneración de los principios de libre competencia en el mercado como argumento para impedir el desarrollo de un derecho antidiscriminatorio contundente en el ámbito de la discapacidad. Por otra parte, también hay casos en los que personas que no presentan discapacidad han discutido las medidas que pretenden reparar la desigualdad de oportunidades de quienes sí la tienen, invocando un pretendido derecho a la igualdad orientado hacia ciertos estándares sociales que en nada favorecen la diversidad y que penalizan de manera severa a las personas con discapacidad.

Sea como fuere, la reacción ante un gran mal, presente a diario en nuestra sociedad, debiera ser una normativa antidiscriminatoria especialmente intensa,

pero no podemos afirmar que sea ésta la situación actual. De hecho, en la mayoría de las ocasiones el legislador ha preferido mostrar ese compromiso con la igualdad de oportunidades a través de diferentes Estrategias, constituidas en una especie de manifestación del desiderátum legislativo que no se quiere plasmar en normas jurídicas. Estas prácticas perjudican notablemente la consecución del objetivo de igualdad efectiva y favorecen la permanencia de las conductas discriminatorias ante la ausencia de consecuencias jurídicas disuasorias de las mismas. Si apreciable es el esfuerzo del legislador por mostrar el camino a seguir en la lucha hacia la igualdad efectiva de oportunidades para todas las personas, sorprendente resulta que no se utilice para ello de manera más decidida la ley.

3. Aunque pudiera parecer una cuestión menor, de carácter esencialmente formal, lo cierto es que la terminología utilizada en la normativa antidiscriminatoria en el ámbito de la discapacidad es reveladora de cuestiones esencialmente conceptuales, que afectan a la propia configuración jurídica del principio de igualdad en este ámbito. Desde la inicial asunción a nivel internacional de un modelo médico de discapacidad, en el que se ponía el énfasis en la corrección de las condiciones que la provocaban y no en el necesario esfuerzo de todos por generar entornos compatibles con la diversidad, la evolución de la normativa internacional hacia un modelo social de discapacidad es muy apreciable en nuestros días. No es menos cierto, sin embargo, que en la normativa de los países europeos ese tránsito no resulta tan evidente como lo es en países como Estados Unidos o Australia, en los que la discapacidad es tratada como una circunstancia que puede generar desventaja social e impedir a las personas que la presentan una participación plena en los distintos ámbitos de la vida social y un real y efectivo ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos. El derecho de la Unión Europea también presenta esta evolución hacia un modelo social de discapacidad, apreciable tanto en los aspectos formales y terminológicos como en los sustanciales, sobre la base de la igualdad de oportunidades.

## Conclusiones

---

En el caso de España, no podemos concluir que el tránsito desde un modelo rehabilitador de discapacidad hacia otro de carácter eminentemente social se haya producido. De hecho, la LISMI mantiene en realidad un concepto de discapacidad esencialmente médico, relacionado con las deficiencias que puede presentar una persona y calibrado y graduado en función de la gravedad de aquéllas más que en atención a las consecuencias que puedan tener en el normal desarrollo de la vida en sociedad. La LIONDAU vino a ampliar el concepto de discapacidad, introduciendo factores de marcado carácter social en el mismo, pero sin abandonar el viejo concepto médico. Esta última norma generó, además, un conflicto conceptual al introducir en su ámbito de aplicación un principio general de asimilación entre discapacidad e incapacidad permanente, en los términos recogidos en su artículo 1.2, que chocaba frontalmente con la ausencia de previsiones en este sentido en la LISMI y que provocó situaciones de enorme confusión en la práctica, puesto que una misma persona podía tener legalmente reconocida la condición de persona con discapacidad en determinados ámbitos y carecer de ella en otros, tal como lo confirmó el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia.

4. El nuevo TRLGD, a pesar de que parece haber zanjado las controversias derivadas de esa dualidad conceptual que generaban las ahora derogadas LISMI y LIONDAU, y de profundizar en un concepto de discapacidad en el que los aspectos sociales tienen cada vez más peso, no deja de rendir tributo a la histórica base médica del mismo. Por otra parte, a la precisa concreción del concepto de discapacidad relacionado con aspectos puramente médicos, se opone la indefinición de los sociales, lo que en la práctica supondrá muy probablemente el mantenimiento de la situación anterior a la entrada en vigor del TRLGD y, en definitiva, del modelo médico que jamás nos ha abandonado. Sea como fuere, se ha perdido una gran oportunidad de consolidar un concepto de discapacidad de base esencialmente social, en el que las valoraciones y graduaciones se orienten fundamentalmente hacia las dificultades concretas que en cada caso se presenten para el normal desarrollo de la vida de una persona en la sociedad. Desde luego, esta nueva

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

construcción hubiera requerido la elaboración de una nueva Ley de la Discapacidad, y no una mera refundición de los textos legales vigentes.

Por otra parte, distintas normas, también en el ámbito del empleo, han recurrido a una precisión conceptual muy relevante, estableciendo condiciones específicas para las personas con discapacidad que presentan especiales dificultades para su inserción laboral. El TRLGD hace referencia a este colectivo, pero sin definirlo. Lo cierto es que en el ámbito del empleo estas circunstancias resultan ciertamente relevantes, y debieran poner de manifiesto circunstancias no únicamente médicas, como de hecho sucede actualmente, ya que la definición de este colectivo viene dada por la tipología de la discapacidad que presentan. Nuevamente, se ha perdido la oportunidad de incluir este concepto de discapacidad “especial” en una nueva Ley de la Discapacidad, y de hacerlo atendiendo a circunstancias de base médica, pero también a otras relacionadas con las dificultades que objetivamente puedan apreciarse derivadas de otras circunstancias, tales como la edad, el sexo, la formación o determinadas circunstancias personales y sociales.

5. Por lo que hace referencia estrictamente a la terminología, la cuestión se ha estabilizado notablemente desde que la LD uniformara el contenido de toda nuestra normativa con el uso de los términos “discapacidad” y “persona con discapacidad”. Sigue existiendo un escollo nada desdeñable en este afán unificador, puesto que la Constitución utiliza la desafortunada expresión “disminuidos”. No obstante, no parece que la cuestión deba darse por zanjada puesto que, por una parte, no existe un estándar de capacidad que permita confrontar a los ciudadanos que lo cumplen con aquellos que no lo hacen y, por otra, lo relevante respecto de las personas a las que el derecho pretende proteger frente a las discriminaciones es su desventaja para desenvolverse en los distintos ámbitos sociales. Por tanto, la configuración del colectivo sobre el que se deben proyectar las medidas correctoras de las discriminaciones y las acciones afirmativas debe atender a las dificultades y desventajas que sufren, ya sea como consecuencia de determinadas reducciones o deficiencias o por causa de circunstancias personales o sociales susceptibles de determinación



## Conclusiones

---

objetiva. En este sentido, no se trata de enfatizar las diferencias que estos ciudadanos presentan en su “capacidad”, sino de remarcar la posición de desventaja en la que se encuentran respecto de otros ciudadanos. Por tanto, en la revisión terminológica que pudiera plantearse en un futuro, el centro de atención debiera desplazarse desde la actual valoración de la capacidad de los individuos hacia la de la consecución de la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos.

6. Sin duda, uno de los principales mecanismos correctores de las discriminaciones y, consecuentemente, una de las medidas favorecedoras de la igualdad de oportunidades, viene constituido por las medidas de acción positiva. El recurso a este tipo de medidas es una constante tanto en el ámbito internacional como en la normativa de la mayoría de los países que han generado un derecho antidiscriminatorio. Especialmente relevante ha sido la utilización de medidas de acción positiva en el ámbito del empleo, por cuanto la libertad contractual pone de manifiesto el carácter selectivo del mercado de trabajo y, consecuentemente, las dificultades de muchas personas para acceder al empleo o conservar un puesto de trabajo cuando presentan una discapacidad.

En el caso de España, y en el de la mayoría de los países que han incorporado medidas de afirmación positiva, las acciones promocionales en el empleo de personas con discapacidad han estado presentes desde el mismo inicio de la normativa antidiscriminatoria. Con carácter general, el legislador se ha inclinado por esta acción positiva indirecta o promocional, estableciendo incentivos, normalmente de tipo económico, para la contratación de trabajadores con discapacidad, de modo que se puedan corregir las tendencias selectivas del mercado de trabajo que dificultan el acceso al empleo de estas personas. En este ámbito de la incentivación de la contratación laboral de las personas con discapacidad, las bonificaciones y reducciones en las cuotas de la Seguridad Social han constituido las acciones más frecuentemente utilizadas, junto con las subvenciones y los incentivos fiscales. También la ampliación de los supuestos de contratación temporal se ha planteado como una medida favorecedora el empleo de este colectivo.

7. En el ámbito de la acción positiva promocional resulta especialmente relevante la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora y el crecimiento del empleo, que supuso la creación de un único marco normativo de estas medidas indirectas de incentivación de la contratación laboral. No obstante, en relación con la discapacidad, esta uniformización se produjo únicamente respecto de las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, manteniéndose vigente el contenido del Real Decreto 1451/1983, de 11 de abril, respecto del resto de incentivos económicos, fundamentalmente subvenciones. Lo mismo sucedió con los incentivos a la contratación laboral en los Centros Especiales de Empleo, que se mantuvieron en su normativa específica salvo en el caso de las bonificaciones, que fueron incorporadas a la Ley 43/2006, si bien con ciertos incidentes tras la aprobación del Real Decreto Ley 5/2006, que la precedió, al olvidar el legislador la bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales para estos Centros, omisión que corregiría la propia Ley 43/2006.

Más allá de la concreta configuración de las distintas bonificaciones que contiene esta norma, lo cierto es que sigue presentando notables carencias en relación con la finalidad que estas medidas promocionales persiguen, muy especialmente por lo que hace referencia a las causas de exclusión que regula el artículo 6 de la propia Ley 43/2006. Estas exclusiones penalizan en muchos casos la contratación de trabajadores con discapacidad, muy especialmente en los supuestos de cambio de empresa, tanto en el empleo protegido como en el ordinario. A pesar de que el precepto ha sido reformado con la intención de paliar esas dificultades, no se ha conseguido plenamente. Por otra parte, una errática política legislativa en relación con la incentivación de la contratación laboral puede provocar un efecto competitivo entre los colectivos a los que se pretende favorecer que acaba por perjudicar a aquellos que sufren de una manera más agresiva la discriminación, esto es, a las personas con discapacidad. En este sentido, parece censurable bonificar indiscriminadamente toda contratación laboral de carácter indefinido, como hace el Real Decreto Ley 3/2014, de 28 de febrero, con el único argumento de

## Conclusiones

---

favorecer la creación de empleo, puesto que iniciativas de este tipo resaltarán de manera muy apreciable las tendencias del mercado de trabajo y el carácter marcadamente selectivo de éste, en perjuicio de la creación y el mantenimiento del empleo para las personas con discapacidad.

8. Siendo muy apreciables los efectos benéficos de la incentivación económica de la contratación laboral de las personas con discapacidad en el empleo de estos trabajadores, debieran introducirse algunas medidas correctoras. La primera supondría favorecer de una manera más notoria la contratación de las personas con discapacidad que sufren de manera más intensa la discriminación en el mercado de trabajo, es decir, del colectivo al que anteriormente nos hemos referido como de especial dificultad para su inserción laboral, con los matices a los que hemos hecho ya referencia. Por otra parte, no debiera favorecerse un marco incentivador de la contratación laboral en el que no se pueda apreciar de una manera muy evidente la opción preferencial por el empleo de las personas con discapacidad. Ello no es incompatible con la incentivación de la contratación de otros colectivos también castigados, aunque en diferente medida, por la discriminación en el empleo, pero evitando que la generalización de las bonificaciones o reducciones en las cuotas de la Seguridad Social mitigue o anule el efecto positivo que tienen en la mejora de las expectativas de empleo de quienes tienen mayores dificultades en este ámbito.
9. En el ámbito del empleo protegido, resulta conveniente ponderar el alcance de las incentivaciones económicas a la contratación de trabajadores con discapacidad, incrementando la intensidad de estas acciones ante la presencia de especiales dificultad de inserción en el mercado de trabajo, o rebajándola cuando tales dificultades no existan o se presenten de manera tenue. Por otra parte, hay que recordar el principio, establecido en la LISMI y sorprendentemente olvidado en el nuevo TRLGD, de la preferencia del empleo en el mercado de trabajo, que exige una acción positiva indirecta que, sin abandonar el papel impulsor del trabajo en los Centros Especiales de Empleo, no se convierta indeseadamente en un elemento competitivo en perjuicio del trabajo en las empresas del mercado ordinario.

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

10. Por lo que hace referencia a las medidas de acción positiva directa, nuevamente hay que considerar que estamos en un ámbito en el que las discriminaciones son abundantes y provocan frecuentemente en las personas con discapacidad la dificultad, cuando no la imposibilidad, de acceder al empleo. Por tanto, los efectos de la acción positiva promocional, aun resultando beneficiosos para favorecer la igualdad de oportunidades cuando las medidas son acertadas, resultan insuficientes para paliar las abundantes discriminaciones y sus indeseadas consecuencias, y requieren el complemento de acciones afirmativas directas. De entre éstas destacan, tanto en el derecho comparado como en nuestra normativa, las cuotas de reserva de empleo y las medidas de reincorporación y mantenimiento del empleo en los supuestos de discapacidad sobrevenida.
11. Las medidas de reincorporación y mantenimiento del empleo tienen escasa implantación en nuestra normativa y, consecuentemente, poca proyección en la práctica, ya que la obligación legal de adaptación del puesto de trabajo contenida en el artículo 40.2 del TRLGD aparece extremadamente limitada al situar como frontera de la misma la carga excesiva para el empresario. La indefinición de este último concepto provoca una enorme limitación de la acción directa en este ámbito, de modo que convendría potenciarla por dos vías: incorporando mayores incentivaciones económicas para las adaptaciones de puestos de trabajo y los ajustes razonables en los supuestos de discapacidad sobrevenida, por una parte, y exigiendo éstos como regla, y no como excepción condicionada a la existencia de una carga excesiva, por otra. También resultaría oportuno establecer los límites reales de la carga excesiva, vinculando directamente éstos a la situación de las empresas, y exigiendo más a quién más posibilidades de acción tienen. En este sentido, deberían ser revisados el Real Decreto 1451/1983 y el propio TRLGD para incorporar con carácter general, al igual que sucede en otros países, un derecho de reincorporación y de mantenimiento de empleo para los trabajadores con discapacidad sobrevenida, exista o no un reconocimiento de incapacidad permanente.

## Conclusiones

---

Por otra parte, esta configuración expansiva del derecho al mantenimiento del empleo en estos casos no debiera estar condicionada inexcusablemente por el artículo 25 de la LPRL, de manera que en aquellos casos en los que, por aplicación del mismo, un trabajador no pudiera ser asignado a un determinado puesto de trabajo, la empresa debería tener la obligación legal de reasignarlo a otro adecuado o de realizar los ajustes necesarios para evitar las lógicas trabas derivadas de la prevención de riesgos laborales. En definitiva, y considerando que ni la normativa ni la acción convencional han conseguido establecer un marco de acción positiva que posibilite el mantenimiento del empleo en estos casos de discapacidad sobrevenida, se requiere una mayor implicación de las empresas en relación con esta cuestión, un mayor esfuerzo económico por parte de las mismas y una limitación de las vías de escape de estas obligaciones con base meramente económica. No obstante, en aquellos casos en que la discapacidad sobrevenida represente una especial dificultad para el desempeño de un puesto de trabajo, la acción pública debe ser manifiestamente coadyuvante de la empresarial. Las crisis económicas como la actual en nada favorecen la igualdad de oportunidades, puesto que se acentúa el carácter selectivo del mercado de trabajo y, consecuentemente, se favorece la discriminación, lo que exige una mayor implicación por parte de las Administraciones públicas en la lucha contra esta lacra. Lamentablemente las crisis, lejos de activar esa intensificación de la acción positiva, suelen servir de excusa para atenuarla.

12. Por lo que hace referencia a la cuota de reserva de empleo, presente en nuestro derecho desde 1970 y reconocida por nuestro Tribunal Constitucional y por la normativa europea e internacional vigentes como una medida adecuada de acción positiva para fomentar el empleo de las personas con discapacidad y corregir las discriminaciones, actualmente está regulada en el artículo 42.1 del TRLGD, que no presenta cambios respecto del contenido del artículo 38.1 de la derogada LISMI. Resulta necesario mantener y aun incrementar la presencia de esta medida, de manera que permita corregir las evidentes discriminaciones de las personas con discapacidad en el mundo de la empresa. Así, debiera ampliarse el número de obligados a contratar a

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

trabajadores con discapacidad, reduciendo el número mínimo de trabajadores que genera esta obligación, actualmente establecido en 50. También convendría aumentar la cuota, ya que si la discapacidad está presente de manera directa en un 9 por 100 de la población, exigir un 2 por 100 en el empleo no parece razonable, máxime cuando el punto de partida de las personas con discapacidad en este ámbito es especialmente preocupante.

13. Hay que corregir la disfunción social que supone que la presencia que tienen las personas con discapacidad en nuestra sociedad no se traslade al mercado de trabajo ordinario, favoreciendo especialmente el cumplimiento de la cuota de reserva con las contrataciones realizadas a personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de inserción laboral. Esto nos igualaría a otros países europeos en los que la situación de empleo de estos trabajadores ha mejorado notablemente, influyendo en ello de manera muy notoria la exigencia de cuotas de reserva mayores que la española y configuraciones de la misma que potencian la contratación de quienes presentan mayores dificultades.
14. Resultaría especialmente benéfica, desde el punto de vista de la eficacia de estas medidas de acción positiva directa, una mayor presencia de la negociación colectiva en este ámbito. Para ello, la norma debería prever posibilidades de ampliación convencional de la cuota de reserva de trabajadores con discapacidad en las empresas y también de ampliar por esta vía el ámbito subjetivo de esta obligación. Naturalmente, el derecho sancionador necesitaría los correspondientes ajustes, tipificando expresamente los incumplimientos convencionales en esta materia. También se echa de menos una mayor precisión en la configuración legal de la obligación de reserva y de las medidas alternativas a las que nos referiremos más adelante, tanto por lo que hace referencia a los aspectos puramente numéricos como en lo relativo a la temporización de la obligación.
15. Se precisa una mayor proporcionalidad en la calificación y graduación de las sanciones en relación con la cuota de reserva. El recurso al derecho sancionador en este ámbito no debe en ningún caso resultar prioritario en la actuación administrativa, pero en aquellos casos en los que la contumacia y la

## Conclusiones

---

persistencia en el incumplimiento lo requieran, las sanciones deben resultar adecuadas, proporcionadas y suficientemente disuasorias. Los escasos pasos que en este sentido ha dado el legislador tras modificar el artículo 15.3 del TRLISOS resultan claramente insuficientes, por lo que el paso de esta infracción al artículo 16 parece una medida adecuada. De este modo, la infracción sería considerada muy grave, con el consecuente incremento de las cuantías y la generalización de las sanciones accesorias previstas en el artículo 46.1 del propio TRLISOS, lo que sin duda potenciaría notablemente el efecto disuasorio de la norma sancionadora.

16. También es necesario impulsar la presencia de las personas con discapacidad en el empleo público. Los límites constitucionales que razonablemente se derivan de los principios de mérito y capacidad establecidos en el artículo 103.3 de la CE no pueden convertir la reserva de empleo en las Administraciones públicas en una cuestión puramente formal, reflejada únicamente en las convocatorias de plazas de empleo público. Las Administraciones deben implicarse más en el objetivo de creación de empleo para las personas con discapacidad, muy especialmente para aquellas a las que resulta especialmente dificultosa la inserción en el mercado ordinario de trabajo. Para ello, resulta imprescindible potenciar la reserva de empleo público establecida en el artículo 59 del EBEP con obligaciones complementarias para los empleadores públicos, orientadas a favorecer la presencia de la discapacidad en este ámbito.

Estas medidas complementarias deberían ir especialmente dirigidas a mejorar los aspectos formativos de los candidatos con discapacidad y a incrementar sus posibilidades de superación de las pruebas de acceso, con las mismas exigencias del resto de candidatos, pero estableciendo itinerarios más favorables, que permitan lograr la verdadera igualdad de oportunidades en este ámbito. La ampliación de los tiempos y la adaptación de los medios, sin duda, favorecerían la consecución de ese objetivo.

17. Por último, y puesto que el sistema de cuotas español no es un sistema obligatorio puro, sino que va asociado a posibilidades de contribución

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

compensatoria, tras las experiencias que en el campo de las medidas alternativas se han producido desde la entrada en vigor del Real Decreto 27/2000, de 14 de enero y su continuación con el vigente Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, parece llegado el momento de revisar esta normativa.

En primer lugar, y para evitar que el objetivo principal de creación de empleo en el mercado de trabajo ordinario para las personas con discapacidad se vea relegado a un papel residual, habría que configurar las situaciones de excepcionalidad de manera que su aplicación en la práctica sea todo lo restrictiva que ese objetivo requiere. Por tanto, el TRLGD debiera ser modificado, manteniendo el actual sistema de cuota con contribución compensatoria, pero limitando la utilización de medidas alternativas a las situaciones reales de excepcionalidad, debidamente constatadas por el organismo administrativo competente, siempre que tales situaciones generen efectivamente una imposibilidad para contratar personas con discapacidad. Una mayor acción administrativa y la conversión del actual silencio administrativo positivo en negativo parecen dos medidas adecuadas.

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



### CONCLUSIONS

Many people, across different periods of history, have suffered discrimination on the basis of their disabilities, both in the ambit of employment and labor relations, as well as in many others, to the point that we might well say that in a social state the lack of equal opportunities represents, by itself, a scourge. It is true, however, that the perception of this situation greatly varies among different people, depending usually on the role that disability plays on their lives, be it directly or because they are close to a person with one. It is to be pointed out, therefore, the imperative necessity of fighting against every form of discrimination on the basis of disability, and to do so in a determined and resolute way, fleeing from the old assistance-centered approaches, but also avoiding, on the other hand, the temptation to foster equal opportunities without legislating, and just appealing to the elaboration of Strategies whose essential contents do not usually find a translation into the positive law.

Throughout the present thesis, the right to equality has been analyzed in a broad sense and also within the specific context of disability, and it can be certainly said that a concern about stimulating equality, both formally and materially, is easily perceivable in current societies, and that historical progress has been relevant, but also that, in spite of the long way that we all have come, it is likely that a longer one may still lay ahead. Actually, international regulations and internal legislations have corrected, in most of the cases, discrimination in law in a satisfactory manner. Likewise, citizens' attitude towards the law, in terms of equality, has improved after the progressive application of antidiscriminatory regulations. But this cannot be said about actual equality, the one that refers to the necessity of fighting against discrimination redounding in an effective equality in the exercise of rights by each and every citizen, with or without disability.

It is within this ambit where equal opportunities for employment and equal treatment in labor play a relevant role, to the point that we might well assume that the verification of the need of a permanent application of affirmative action measures in order to foster the effective enjoyment of constitutional rights by citizens with disabilities, and the insufficiency of such measures to correct in a

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

satisfactory way the many real discriminatory situations still present, prove but the failure of the current antidiscriminatory policies, somewhat complacent with the goals achieved and timorous when it comes to proposing relevant changes to regulations in order to overcome the current stagnation of the question.

Based on that premise, and from the analysis of the several aspects related to the principle of equality, the right to work and the employment of people with disabilities, the following conclusions are presented:

1. The constitutional configuration of the principle of equality, in articles 9.2 and 14 of the Constitution, encompasses both the purely formal and the material sides of it, the latter translated into the effectiveness of the right to equality through the express mandate to the public authorities to ensure that such equality becomes effective and enables citizens for a real enjoyment of their constitutional rights. The constitutional status of the right to equality implies that the maximum guarantees to require its fulfillment are to be taken, although it is true that the legislative action and the effective application of the norms do not deserve an identical judgment when it comes to evaluating the impact that one and the other have had in the correction of discriminations.

Thus, and on the basis of the normative evolution of the principle of equality in international regulations as well as in other countries with a more extensive legislative experience than Spain, we can currently affirm that we have a general normative framework sufficiently developed, even though it is true that, in the production of norms as well as in their application, it is perceived a higher incidence of the aspects related to sex discrimination. In fact, the jurisprudential configuration of this right to equality, and the limits thereof, have been mainly based on the application of the judgment of proportionality and rationality in relation to the actions aimed at fighting against discrimination of women in several ambits of social life, including labor.

## Conclusions

---

2. Without underestimating the great value that the work of the Constitutional Court and jurisdictional bodies has had in this ambit, the truth is that disability is presented in practice as a circumstance that generates more aggressive discriminations, although they may sometimes be just overlooked as a result of the widespread social indifference towards disability. In this sense, the progressive subtlety with which the different forms of discrimination are presented, especially if they are indirect, does not detract from them an inch of injustice and cruelty, and therefore it seems completely justified to establish particularly intense norms to correct discrimination in the case of disability. On the overall basis of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, and on the specific basis of Directive 2000/78/CE, poorly transposed to our internal law, determinately reactive regulations against discrimination of persons with disabilities in the ambits of employment and labor have to be built. It is not an easy job since, in this field, freedom of enterprise has already been opposed to affirmative action measures, and the infringement of the principles of free competition has been repeatedly invoked as an argument to hinder the development of a strong antidiscriminatory right in the ambit of disability. On the other hand, there are also cases where persons with no disabilities have argued against the measures that try to repair unequal opportunities for those who do have them, invoking a so-called right to equality oriented towards some social standards that in no way favor diversity while severely penalizing people with disabilities.

Be that as it may, the reaction before a great evil, daily present in our society, should be an especially intense antidiscriminatory regulation, but we cannot certainly affirm that this is the case currently. In fact, in most of the occasions the legislator has rather shown her commitment to equal opportunities through different Strategies, constituted under a sort of manifestation of the legislative desideratum that it is not later translated into legal norms. These practices seriously damage the achievement of the objective of effective equality and favor the persistence of discriminatory conducts due to the absence of deterrent legal consequences. It is true that

there is a noticeable effort by the legislator to show a path to be followed in the fight towards effective equal opportunities for everyone, but it is also surprising that the law is not being used in a more decided manner.

3. Although it might seem a minor question, of an essentially formal kind, the truth is that the terminology used in antidiscriminatory regulations in the ambit of disability reveals essentially conceptual questions, which have an impact on the very configuration of the law about the principle of equality in this ambit. Since the initial assumption of a medical model of disability on an international level, which stressed the corrections of the conditions that provoked it and not the necessary effort by everyone to generate environments that could be compatible with diversity, the evolution of international regulations towards a social model of disability is clearly noticeable nowadays. The fact remains, nonetheless, that in European countries' regulations that transit is not as evident as it is in other countries such as the United States or Australia, where disability is treated as a circumstance that may result in social disadvantages and prevent persons with disabilities from having a full participation in the several ambits of social life and a real and effective exercise of their rights under equal conditions as the rest of citizens. European Union law also shows this evolution towards a social model of disability, noticeable both in the formal and terminological aspects as well as in the substantial ones, on the basis of equal opportunities.

In the case of Spain, we cannot conclude that the transit from a rehabilitation-oriented model for disabilities to another with an eminently social character has been completed. In fact, the LISMI actually keeps an essentially medical concept of disability, related to the deficiencies that a person may have, and calibrated and graduated according to how serious they are, more than to the consequences that they may have in the normal development of a life in society. The LIOUNDAU came to broaden the concept of disability, introducing some elements with a strong social character, but without dropping the old medical approach. This latter norm

## Conclusions

---

triggered, too, a conceptual conflict because it introduced in its ambit of application a general principle of assimilation between disability and permanent inability, in the terms set out in article 1.2, which collided head-on with the absence of provisions on this matter in the LISMI and provoked in practice some situations of enormous confusion, because the same citizen could be legally recognized as a person with disabilities in some ambits and not so in others, as confirmed by the Supreme Court in a wide range of jurisprudence.

4. The new TRLGD, in spite of having apparently cleared up the controversies derived from that conceptual duality generated by the currently derogated LISMI and LIONDAU, and despite getting deeper in a concept of disability in which the social aspects have an increasing weight, is but a tribute to the historical medical base of such concept. On the other hand, while there is a precise concretion of the concept of disability when related to purely medical aspects, the social ones remain unclear, which in practice will very likely translate into the maintenance of the situation prior to the entry into force of the TRLGD and, ultimately, of the medical model that has never gone away.

Be that as it may, a great opportunity has been lost to consolidate an essentially social-based concept of disability, in which evaluations and graduations were oriented towards the specific difficulties that each case could present for the normal development of a person's life in society. Indeed, this new construction would have required the elaboration of a new Disability Law, and not just a mere rework of the legal texts currently in force.

On the other hand, several norms, also in the ambit of employment, have resorted to a very relevant conceptual precision, establishing specific conditions for the persons with disabilities who present special difficulties to enter into the labor market. The TRLGD refers to this group, but does not define it. The truth is that, in the ambit of employment, these circumstances are certainly relevant, and they should be highlighting not only medical

circumstances, which is what actually happens nowadays because the definition of this group derives from the typology of their disabilities. Once again, an opportunity has been lost to include this concept of “special” disability in a new Disability Law, and to do so by attending to medical-based circumstances, but also to others related to the difficulties that objectively may be appreciated as derived from other circumstances, such as age, sex, education or particular personal or social circumstances.

5. Strictly regarding the terminology, the question has been noticeably stabilized since the LD uniformed the content of all our regulations with the use of the terms “discapacidad” (disability) and “persona con discapacidad” (person with disabilities). There still exists a remarkable sticking point in this unifying quest, since the Constitution uses the unfortunate expression “disminuidos” (handicapped). Nevertheless, it does not seem that the question should be considered as settled at all because, on the one hand, it does not exist a standard of ability to confront those citizens who meet it with those who do not and, on the other hand, the key point about those persons to whom the law is intended to protect against discriminations is their disadvantage to function in the different social ambits. Therefore, the configuration of the group on which the corrective measures against discriminations and the affirmative actions must be projected has to attend to the difficulties and disadvantages that they suffer, be they as a consequence of certain reductions or deficiencies or because of personal or social circumstances susceptible of objective determination. In this sense, the goal is not to emphasize the differences that these citizens present in their “ability”, but to stress their disadvantage in relation to other citizens. Therefore, in the terminological revision that may arise in the future, the focus should be moved from the current evaluation of the ability of the individuals to the achievement of equal opportunities for all of them.
6. Undoubtedly, one of the main corrective mechanisms against discriminations and, consequently, one of the enabling measures for equal opportunities, is constituted by affirmative action measures. Resourcing to

## Conclusions

---

this kind of measures is a constant in the international level as well as in the regulations of most of the countries that have produced antidiscriminatory law. The application of affirmative action measures in the ambit of employment has been especially relevant, since contractual freedom highlights the selective matter of the labor market and, consequently, the difficulties for many persons to get or keep a job if they have disabilities.

In the case of Spain, and in most of the countries that have incorporated affirmative action measures, the actions to promote the employment of persons with disabilities have been present since the very beginning of the antidiscriminatory regulations. Generally speaking, the legislator has preferred this positive indirect or promotional action, establishing incentives, usually of economic kind, to hire workers with disabilities, in such a manner that the selective trends of the labor market that difficult the access to employment of these persons can be corrected. In this ambit of encouragement to hire persons with disabilities, subsidies and reductions to Social Security contributions have constituted the more frequently used actions, together with subventions and fiscal incentives. Widening the accepted situations for temporary hiring has also been contemplated as a favoring measure for this group to get access to employment.

7. In the ambit of promotional positive action it is especially relevant Law 43/2006, of December the 29<sup>th</sup>, to promote the improvement and growth of employment, which brought the creation of a single normative framework for those indirect measures to incent labor contracting. Nevertheless, in relation to disability, this unification affected only subsidies in Social Security contributions, remaining in force the content of Royal Decree 1451/1983, of April the 11<sup>th</sup>, regarding the rest of economic incentives, mainly subventions. The same happened with the incentives to labor contracting in Special Employment Centers, which kept their specific regulations except for the case of subsidies, that were incorporated to Law 43/2006, albeit with some incidents after the approval of Royal Decree-Law 5/2006, which preceded it, when the legislator forgot about the 100%

subsidy for the employers' contributions of those Centers, omission that was corrected by the very Law 43/2006.

Beyond the specific configuration of the different subsidies that this norm contains, the truth is that it keeps showing remarkable deficiencies in relation to the finality pursued by those promotional measures, very especially in regard to the causes of exclusion regulated by article 6 of the very Law 43/2006. These exclusions penalize in many cases the hiring of workers with disabilities, very especially in the situation of changing employers, both with sheltered and ordinary employment. In spite of the fact that the precept has been reformed with the intention of palliating those difficulties, it has not been fully achieved. On the other hand, an erratic legislative policy in relation to the incentive of labor contracting can provoke a competitive effect amongst the groups which are supposed to be favored that ends up damaging the ones who more aggressively suffer discrimination, namely persons with disability. In this sense, it seems reprehensible to indiscriminately subsidize every permanent labor contract, like Royal Decree-Law 3/2014 of February the 29<sup>th</sup> does, with the only argument of fostering job creation, inasmuch as initiatives of that kind will highlight in a very noticeable way the trends of the labor market and its strong selective matter, to the detriment of the creation and retainment of employment for persons with disabilities.

8. Although economic incentives to labor contracts for persons with disabilities have very noticeable beneficial effects on the hiring of these workers, some corrective measures are needed. The first one should be to favor in a more notorious manner the hiring of the persons with disabilities who more intensively suffer discrimination in the labor market, that is to say, the group mentioned above as the one with an especially difficult employability, with the nuances already expressed. On the other hand, it should not be favored a framework to incent labor contracting in which a preferential option for the employment of persons with disabilities is not very clearly perceived. This is not incompatible with incenting the hiring of other groups also punished,



## Conclusions

---

although in different degrees, by discrimination in employment, but avoiding that the generalization of subsidies or reductions to Social Security contributions might reduce or even cancel the positive effect that they have on improving the expectations of employment for those who have more difficulties in this ambit.

9. In the ambit of sheltered employment, it seems appropriate to weight the reach of economic incentives to hire workers with disabilities, increasing the intensity of these actions when facing an especially difficult employability, or decreasing it when such difficulties do not exist or are faint. On the other hand, it is to be reminded the principle, established in the LSMI and surprisingly forgotten in the new TRLGD, about the preference of employment in the labor market, which demands an indirect positive action that, without relinquishing the impulsive role of work in the Special Employment Centers, does not undesirably turn into a competitive element to the detriment of work in ordinary market companies.
10. As for the direct affirmative action measures, it has to be considered again that we are working in a field where discriminations abound and make frequently difficult, if not impossible, for people with disabilities to access to employment. Therefore, the effects of promotional positive actions, while resulting beneficial to foster equal opportunities when the measures are right, turn out to be insufficient to palliate the abundant discriminations and their undesired consequences, and require direct affirmative actions to complement them. Among these, the most important are, both in comparative law and in our regulations, job reservation quotas and measures for reincorporation to and retainment of employment in the situations of acquired disability.
11. The measures for reincorporation to and retainment of employment have little implantation in our regulations and, consequently, little projection in practice, because the legal obligation to adapt the workplace contained in article 40.2 of the TRLGD is extremely limited since it sets a boundary for such adaptation in the excessive burden for the employer. The vagueness

of this last concept results into an enormous limitation of the direct action in this ambit, so it should be reinforced in two ways: on the one hand, by incorporating higher economic incentives for workplace adaptations and reasonable adjustments in the case of acquired disability and, on the other hand, by requiring those elements to become the rule, and not just an exception conditioned to the existence of an excessive burden. It would be also appropriate to establish some real limits to the excessive burden, by directly linking them to the situation of the companies, and by demanding more from those who have more possibilities to act. In this sense, both Royal Decree 1451/1983 and the very TRLGD should be revisited to incorporate on a general basis, as it happens in other countries, the right to reincorporation to and retainment of employment for workers with acquired disability, regardless of the existence of an invalidity pension.

On the other hand, this expansive configuration of the right to employment retainment in the aforementioned situations should not be inexcusably conditioned by article 25 of the LPRL, so in the cases where, by its very application, a worker could not be assigned to a particular job, the employer should have the legal obligation to reassign her to another suitable position or make the necessary adjustments to avoid the logical hindrances derived from the prevention of occupational hazards.

In conclusion, and considering that neither regulations nor conventional actions have managed to get the establishment of a framework of positive action to facilitate employment retainment in the cases of acquired disability, a stronger implication of employers in relation to this question is required, as well as a bigger economic effort from their side and a limitation to the potential escape routes from these merely economic-based obligations. However, in those cases where acquired disability might represent a special difficulty to perform a job, a public action will be needed as a manifest adjuvant to the employer's. Economic crises, such as the one we are currently suffering, by no means favor equal opportunities, because they stress the selective matter of the labor market and, consequently, favor

## Conclusions

---

discrimination, which demands a stronger implication by public administrations in the fight against this scourge. Regrettably, far from activating that intensification of positive action, they are often used just as an excuse to attenuate it.

12. Regarding job reservation quotas, present in our law since 1970 and recognized by our Constitutional Court and by international and European regulations in force as an adequate affirmative action measure to promote the employment of persons with disabilities and correct discriminations, it is currently regulated in article 42.1 of the TRLGD, which does not change the content of article 38.1 of the repealed LISMI. It is necessary to keep or even increase the presence of this measure, so that it allows to correct the evident discriminations suffered by the persons with disabilities in the business world. For example, the number of employers obliged to hire workers with disabilities should be increased, by reducing the minimal number of workers to generate this obligation, currently set at 50. It would also be desirable to increase the quota, since it does not seem reasonable that while a 9% of the population presents a disability in a direct way, only a 2% quota is required when it comes to employment, particularly when the starting point for persons with disabilities in this ambit is especially worrying.
13. We need to correct the social dysfunction that prevents the presence of people with disabilities in our society from being translated to the ordinary labor market, and to do so by especially promoting the fulfillment of the reservation quota with the persons with disabilities who present a more difficult employability. This would put us in a similar situation to other European countries where the status of employment for those workers has noticeably improved, being one of the key drivers for that improvement the requirement of reservation quotas higher than in Spain and a configuration that promotes the hiring of those with bigger difficulties.
14. It would be especially beneficial, from the standpoint of efficacy of these direct affirmative action measures, a more frequent presence of collective bargaining in this ambit. To do so, the norm should consider possibilities to

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

conventionally extend the reservation quota for workers with disabilities, and to broaden also by these means the subjective ambit of this obligation. Naturally, sanctioning law would need to get the corresponding adjustments, by expressly typifying conventional infringements in this matter. It is also missed a higher precision in the legal configuration of the reservation obligation and the alternative measures that we will discuss later on, regarding both the purely numeric aspects and the temporization of the obligation.

15. A higher proportionality in the evaluation and calibration of sanctions related to the reservation quota is needed. Resorting to the sanctioning law in this ambit should by no means become a priority in the administrative action, but in those cases where contumacy and persistent infringement might require it, sanctions must be adequate, proportionate and deterrent enough. The limited steps taken in this direction by the legislator after the modification of article 15.3 of the TRLISOS are proving to be clearly insufficient, so moving this infraction to article 16 seems an appropriate measure. This would make the infraction to be considered as very serious, with the consequent increase of the amounts and the generalization of accessory sanctions provided in article 46.1 of the very TRLISOS, which undoubtedly would foster in a significant way the dissuasive effect of the sanctioning norm.

16. An impulse to the presence of persons with disabilities in the public employment is also needed. The constitutional limits that are reasonably derived from the principles of merit and ability established in article 103.3 of the CE cannot turn the job reservation in the public administrations into a purely formal question, solely reflected in the calls for public jobs. Administrations have to get more deeply involved in the objective of job creation for persons with disabilities, very especially for those who present a highly difficult employability. To do so, it is essential to promote public job reservations as established in article 59 of the EBEP with complementary obligations for public employers, intended to foster the presence of disability

## Conclusions

---

in this ambit. These complementary measures should be especially addressed to improve the formative aspects of the candidates with disabilities and to increase their possibilities to pass the access tests, with the same exigency as for the rest of candidates, but setting up more favorable itineraries, in order to achieve truly equal opportunities in this ambit. Increasing the times and adapting the means would, undoubtedly, help achieve this goal.

17. Finally, and since the Spanish quota system is not a pure mandatory system, since it is associated to possibilities with a compensatory contribution, after the experiences in the field of alternative measures since Royal Decree 27/2000, of January the 14<sup>th</sup>, came into force and its continuation with current Royal Decree 264/2005, of April the 8<sup>th</sup>, it seems that the time has come for these regulations to be revisited.

In the first place, and in order to avoid that the main goal of creating employment in the ordinary labor market for persons with disabilities might be relegated to a residual role, the situations of exceptionality should be configured in such a way that their application in practice is as restrictive as required by the aforementioned goal. Therefore, the TRLGD should be modified, keeping the current quota system with a compensatory contribution, but limiting the use of alternative measures to truly exceptional situations, duly accredited by the competent administrative body, and as long as such situations do really result into the impossibility to hire persons with disabilities. A stronger administrative action as well as the conversion of the current principle of “no administrative reply shall constitute a positive answer” to “no administrative reply shall constitute a negative answer” seem to be two appropriate measures.

With regard to alternative measures, their current configuration must be modified, very especially regarding the determination of the valuation that they should have in respect of the fulfillment of the reservation quota. In this sense, it would be appropriate to introduce some calculation parameters not exclusively focused on economic data, as it currently happens, but oriented

## **Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

to determine in the most possibly precise way the impact of the measure on the creation of jobs for persons with disabilities in the sheltered market or, if that is the case, in the ordinary one.

Lastly, it is necessary to delimit the possible scenarios for the use of alternative measures regarding civil or commercial contracts with Special Employment Centers or with self-employed workers with disabilities, in order to make sure that those contracts are not just a concealment for activities of mere intermediation or interposition, and to foster the transit of the workers hired by those centers towards the ordinary labor market.

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. y DIRECTORES VARIOS: *Estudios sociológicos sobre la situación social de España 1975*, Madrid, Euramérica S.A., 2011

AGUILERA RULL, A.: «Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres», *InDret Revista per a l'anàlisi del Dret*, núm. 1, 2007

AGUILERA RULL, A.: «El Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2011

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

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

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

ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I.: *La protección de las personas con discapacidad en el derecho de la seguridad social y en el derecho tributario*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006

ALONSO MAS, M.J.: *La decisión justa en las resoluciones administrativas*, Valencia, Tirant lo Banch, 1998

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I, y LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: «Iguales, pero separados. Las cuotas electorales ante el Tribunal Constitucional (STC 12/2008), de 29 de enero», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 7, 2008

ÁLVAREZ CONDE, E., FIGUERUELO BURRIEZA, A., NUÑO GÓMEZ, L. (Directores) y CANCIO ÁLVAREZ, M. (Coordinadora): *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*, Madrid, Iustel, 2009

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «La regulación especial del trabajo de los *minusválidos* (I y II)», Tomo I, Relaciones Laborales, 1987

ALVENTOSA DEL RIO, J.: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008

AMIRA, S.: «L'obligation d'Emploi de personnes handicapées: une nouvelle loi à partir de 2006», *Premières Synthèses*, Noviembre de 2008, núm. 46.1

ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: «La tutela judicial de las personas con discapacidad», *Iuslabor*, nº 1/2006

ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y HIERRO HIERRO, F.: «Discapacidad, igualdad de trato y no discriminación. Breve análisis de la Directiva 1000/78/CE y de su trasposición a nuestro ordenamiento jurídico» en AA.VV.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005

AUVERGNON, P.: «El trabajo de los *minusválidos* en Francia», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 1, 1998

AZNAR LÓPEZ, M.: «Introducción al empleo de personas con minusvalía. Tendencias internacionales», en AA.VV.: *Acceso al empleo público de las personas con minusvalía*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Real Patronato de Prevención y Atención a las Personas con Minusvalía, Documento 13/92, 1992

AZNAR LÓPEZ, M., AZUA BERRA, P. y NIÑO RAEZ, E.: *Integración Social de los Minusválidos. Comentarios a la Ley 13/1982 de 7 de abril*, Madrid, Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1982

AZÚA BERRO, P.: «Evolución de la legislación española en materia de discapacidad en la etapa democrática», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad, Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Aranzadi, 2009

BACCHI, C.L.: *The Politics of Affirmative Action. Women, Equality and Category Politics*, Londres, Sage Publications, 1996

BALAGUER CALLEJÓN, M.: *Igualdad y Constitución española*, Madrid, Tecnos, 2010

BALL, C.A.: «Preferential Treatment and Reasonable Accommodation under the Americans with Disabilities Act», *Alabama Law Review* *Alabama Law Review*, Summer, 2004, 55 Ala.



## Bibliografía

---

BALLESTER PASTOR, M.A.: «Los elementos conceptuales de la ley para la igualdad y la herencia comunitaria», *Temas Laborales* núm. 91/2007, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2007

BALLESTER PASTOR, M.A., «Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marschall)», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1998

BALLESTRERO, M.V.: «Acciones positivas. Punto y aparte», *Revista Doxa*, núm. 19, 1996

BAMFOTH, M., MALIK, M., O'CONNOR, C.: *Discrimination law: theory and materials: text and materials*, Londres, Sweet & Maxwell, Limited, 2008

BARNES, J.: «Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, septiembre-diciembre 1998

BARNES, J.: «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994

BARRERE UNZUETA, M.: *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997

BARRERE UNZUETA, M.A.: «Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual». Artículo publicado en <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere1.pdf>

BARRERE UNZUETA, M.A.: «La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº. 9, 2003

BAYARRI CATALÁN, V.: «La regulación pendiente de los derechos sociales a la inclusión en la comunidad de las personas con discapacidad», en PÉREZ BUENO, L. (Director): *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social (Estudio en homenaje a Paulino Azúa Berra)*, Madrid, Ediciones Cinca, 2010

BENAVIDES VICO, A.: *La equiparación laboral de las personas con discapacidad*, Barcelona, Mutua Intercomarcal, 2006

BENDA, E.: *Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst: Rechtsgutachten erstattet im Auftrag der Senatskanzlei - Leitstelle Gleichstellung der Frau - der Freien und Hansestadt Hamburg*, Hamburgo, Gesis, 1986

**Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

BERNAL PULIDO, C.: *El derecho de los derechos*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2005

BIEL PORTERO, I. y REY ANEIROS, A.: «La política social de la Unión Europea como única vía para la protección de los derechos de las personas dependientes: ¿una etapa superada?» en FERNÁNDEZ LIESA, C. (Ed.): *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, Colección Monografías Nro. 53, 2007

BONAL I FALGAS, R. y CAPARRÓS I CIVERA, N.: *El col·lectiu dels borderline o límits. Entre la coherència teòrica i la marginació pràctica*, Barcelona, Associació Ginesta, 1994

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

BOURN, C., y WHITMORE, J.: *Anti-Discrimination Law in Britain*, Londres, Sweet & Maxwell, 1996

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

CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: «La contratación temporal en España. Mercado de trabajo y prácticas empresariales», *Ekonomiaz, Revista vasca de economía*, Núm. 31-32/1995

CAÑAL RUIZ, J. y RUBIO DE MEDINA, M.: «El pago único de la prestación por desempleo: régimen jurídico y novedades introducidas por la Ley 45/2002». *Temas Laborales*, 2003, núm. 68

CARDONA RUBERT, M.B., LÓPEZ I MORA, F., SARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ, J.: «Las medidas de integración laboral de las personas con discapacidad en las Comunidades Autónomas», en ROMERO RÓDENAS, M.J. (coordinadora): *Trabajo y Protección Social del Discapacitado*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2003

CASADO PÉREZ, D.: «Conocimiento y gestión del empleo de las personas con discapacidad», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 50, 2004

## Bibliografía

---

CASADO PÉREZ, D.: «Introducción. El Programa pro acceso de las personas con discapacidad al empleo público del Real Patronato sobre Discapacidad», en AA.VV.: *Acceso de las Personas con Discapacidad al Empleo Público 1985-1999*, Madrid, Ed. Real Patronato sobre Discapacidad, 2002

CASTILLO ARENAL, T.: *Déjame intentarlo. La discapacidad: hacia una visión creativa de las necesidades humanas*, Barcelona, Ediciones CEAC, 2007

CASTRO ARGÜELLLES, M.A. y ÁLVAREZ ALONSO, D.: *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/ 2007, de 22 de marzo*, Pamplona, Aranzadi (Thomson-Civitas), 2007

CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La reordenación del tiempo de trabajo como estrategia empresarial frente a la crisis », *Aranzadi Social núm. 13/2009 parte Tribuna*, Pamplona, Aranzadi, 2009

CERMI: *II Plan Integral de Acción de Mujeres con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2013

CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: «La igualdad de oportunidades en la negociación colectiva. Un antes y un después tras la reforma laboral de 2012», *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 2013, Vol. 1

CHACARTEGUI JÁVEGA, C. y ANDRÉS VALLE MUÑOZ, F.: «La incidencia de las políticas sociolaborales en las fuentes del Derecho del Trabajo», en RUIZ VIÑALS, C. (Coord.): *Políticas sociolaborales. Un enfoque pluridisciplinar*, Barcelona, Editorial UOC, 2004

CLEMENTE LOPÉZ, J. (Investigador Principal): *Economic Strategies and Initiatives*, S.L. (ESI S.L.), Proyecto financiado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, publicado electrónicamente por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/100611.pdf>

CONTRERAS, R. y GUILLÉN GESTOSO, C.: *Discapacitados y empresas en Europa: Un análisis de la productividad. (El coste de oportunidad desconocido)*, Madrid, Fundación MAPFRE, 2010

COOPER, P. J.: *By Order of the President: The Use and Abuse of Executive Direct Action*, Kansas State University, Kanneriversity Press, 2002

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

**Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010

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

COUNCIL OF EUROPE: *Employment strategies to promote equal opportunities for persons with disabilities on the labour market*, Council of Europe Publishing, 2000

COURTIS, C.: «Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas», en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. (DIRECTORES): *Tratado sobre discapacidad*, Pamplona, Aranzadi, 2007

CROS-COURTIAL, M.: *Travail el Handicap en Droit Français*, Vannes, CTNERHI, 1989

DE ASÍS ROIG, CAMPOY CERVERA, I. y BENGOCHEA GIL, M.A.: «Derecho a la igualdad y a la diferencia: análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva», en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. (DIRECTORES): *Tratado sobre discapacidad*, Pamplona, Aranzadi, 2007

DE ASÍS ROIG, R., BARIFFI, F. y PALACIOS RIZZO, A.: «Principios éticos y fundamentos jurídicos», en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. (DIRECTORES): *Tratado sobre discapacidad*, Pamplona, Aranzadi, 2007

DE LA VILLA GIL, L.: «Las personas con discapacidad ante el Derecho del Trabajo», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad, Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Aranzadi, 2009

DE LORENZO GARCÍA, R.: *Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social*, Madrid, Alianza Editorial, 2007

DE LORENZO GARCÍA, R.: «Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado», en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. (DIRECTORES): *Tratado sobre discapacidad*, Pamplona, Aranzadi, 2007

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

## Bibliografía

---

DE VICENTE DOMINGO, R: *Las Alteraciones del planeamiento urbanístico: el control judicial de la ordenación del suelo*, Madrid, La Ley, 1994

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

DURÁN Y LALAGUNA, P.: «Discriminación positiva o acciones positivas», *Persona y Derecho*, 54, Universidad de Navarra, 2006

ENJUTO JAREÑO, D: «Enfermedad y discapacidad: ¿fundamentan la nulidad de un despido? Comentario a la Sentencia del TJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05», *Iuslabor* 4/2006

ESPUNY TOMÁS, M.: «Los accidentes de trabajo: perspectiva histórica», *Universitat Pompeu Fabra, Iuslabor* 03/2005

ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, *Ibidem*, 1999

ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Discriminación por enfermedad. Auto del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 7 de enero de 2005 (AS 2005, 240)», *Aranzadi Social* núm. 5, 2005 (Westlaw BIB 2005, 1146)

ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Derecho al Trabajo de las personas con discapacidad*, Madrid, Real Patronato sobre Discapacidad, 2003

ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La Estrategia Global de Empleo de las Personas con Discapacidad. Un balance crítico tras su finalización», *Revista de Derecho Social*, núm. 61, Bomarzo, 2013

ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000) (Un balance de la puesta en práctica del Acuerdo firmado entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Comité Español de Representantes de Personas Minusválidas)», *Relaciones Laborales*, nº 1, 2001

ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La regulación estatal del empleo con apoyo: un mecanismo necesario para el empleo normalizado de las personas con discapacidad», en AA.VV: *Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de empleo. XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008

ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas» en ROMERO RÓDENAS, M. (Coordinadora): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, Bomarzo, 2003

ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives al seu compliment: reflexions crítiques a propòsit de la seva regulació i aplicació», Ponencia presentada en las jornadas *Les mesures alternatives a la contractació de persones amb discapacitat*, 11 de octubre de 2007, [http://www.gencat.cat/treball/doc/doc\\_44080892\\_1.pdf](http://www.gencat.cat/treball/doc/doc_44080892_1.pdf)

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

ESTEBAN LEGARRETA, R. y FUSTÉ MIQUELA, J.M.: «Los enclaves laborales (una aproximación crítica tras un periodo de experimentación)». *Revista del Centro de Estudios Financieros*, núm. 286, 2007

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

ESTEBAN LEGARRETA, R. y NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: «Igualdad de Oportunidades, discapacidad y empleo», en AA.VV.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005

ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Directores) y SOLÀ MONELLS, X. (Coordinador): *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009

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

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 MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J. (Coordinador): *El empleo público y las personas con discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca, 2009

ESTEBAN LEGARRETA, R. y ROJO TORRECILLA, E.: «Responsabilidad social empresarial y colectivos desfavorecidos», en FERNÁNDEZ AMOR, J. y GALA DURÁN, C.: *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2009

## Bibliografía

---

EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON DISABILITY DISCRIMINATION: «Baseline Study Disability Discrimination Law in the EU Member States», Noviembre de 2004

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.: «Las indemnizaciones en los despidos colectivos», Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Iustel, número 22, 2010

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.A.: *El principio de igualdad constitucional ante la ley*, Santiago, ConoSur Ltda., 2001

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.: *Diccionario Jurídico*, Pamplona, Aranzadi, 2001

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

FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004

FERRAJOLI, L.: *Teoría del garantismo penal, Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995

FIGUERUELO BURRIEZA, A.: «Representación política y democracia paritaria (A propósito de la sentencia del TC 12/2008, de 29 de enero)», Revista Europea de Derechos Fundamentales, nº 12, 2008

FREDMAN, S.: «Disability Equality, A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm?», en LAWSON, A. y GOODING, C. (eds.): *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Londres, Oxford: Hart Publishing, 2005

FUENTES FERNÁNDEZ, F.: «La proyección de la reserva de empleo a favor de trabajadores *minusválidos* sobre los expedientes de regulación de empleo», Temas Laborales, nº 77/2004

FUNDACIÓN LARGO CABALLERO: *Impacto de la negociación colectiva sobre los trabajadores y trabajadoras con discapacidad*, Madrid, Fundación Largo Caballero, 2012

GALA DURÁN, C.: «La relación laboral de carácter especial de los *minusválidos* que trabajan en los centros especiales de empleo», Temas Laborales, Núm. 55/2000

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

GARCÍA GARCÍA, C.: *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia, Universidad de Murcia, 2003

GARCÍA MANRIQUE, R.: «En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos: (acotaciones a Liborio Hierro)». *Doxa*, Número 23, 2000

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, y MERCADER UGUINA, J.: «Nuevas contribuciones a la construcción del concepto de discriminación: la discriminación refleja o transferida (la STJCE de 17 de julio de 2008, asunto Coleman)», *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lex Nova, Nº. 37, 2009

GARCÍA DE ENTERRÍA, E: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985

GARCÍA JIMÉNEZ, M.; MOLINA NAVARRETE, C.y MOLINA HERMOSILLA, O.: «La nueva reforma laboral para la mejora del crecimiento económico y la calidad del empleo: ¿mucho ruido, pocas nueces?», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, 2006, Julio (280)

GARCÍA QUIÑONES, J.C.: «El concepto jurídico laboral de discapacitado», en VALDÉS DAL-RE, F. (Director) y LAHERA FORTEZA, J. (Coordinador): *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2005

GARCÍA VALVERDE, M.: «Promoción y fomento del autoempleo», *Temas Laborales*, nº 81/2005

GARRIDO PÉREZ, E.: *El Trabajo de los Minusválidos en los Centros Especiales de Empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999

GARRIDO PÉREZ, E.: «El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades», *Temas Laborales*, nº 59, 2001

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», *Universidad Pompeu Fabra, IUS LABOR* 3/2005

GARRIDO PÉREZ, E.: «Trabajadores *minusválidos*: de la protección a la promoción», *Temas Laborales*, nº 51, 1991



## Bibliografía

---

GIL Y GIL, J.: «El concepto laboral de grupo de empresas», *Capital Humano, Ciss Praxis*, nº 234, Julio-Agosto 2009

GIMÉNEZ GARCÍA, F.: «La Carta Social Europea (Revisada): Entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº. 17, 2009

GIMENEZ GLUCK, D.: «El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad en el ordenamiento europeo y español», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad, Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Aranzadi, 2009

GIMÉNEZ GLUCK, D.: «La ausencia de límites constitucionales de las acciones positivas a favor de las personas con discapacidad», en CAMPOY CERVERA, I. (Coordinador): *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2004

GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004

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

GOERLICH PESET, J.: «La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, Nº 61, 1996

GÓMEZ ORFANEL, G.: «Acción positiva y empleo de la mujer», *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época.*, Vol. 9, 2008

GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 11, 2003

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.: «Empleo: las nuevas disposiciones del tratado de Ámsterdam», en GONZÁLEZ NEVADO, G. y PÉREZ BUENO, L. (Ed.): *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Escuela Libre Editorial-Fundación ONCE, 1998

GOÑI SEIN, J.: «Ámbito subjetivo de aplicación del estatuto. Concepto y clases de empleado público. La adquisición y pérdida de la relación de servicio» En AA.VV.: *El estatuto básico del empleado público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Murcia, Ediciones Laborum, 2008

**Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

GOODING, C.: *Disabling Laws, Enabling Acts: Disability Rights in Britain and America (Law and Social Theory)*, Londres, Pluto, 1994

GUALDA ALCALÁ, F.: «El autoempleo de los trabajadores con discapacidad», en ROMERO RÓDENAS, M.J. (coordinadora): *Trabajo y Protección Social del Discapacitado*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2003

HURTADO GONZÁLEZ, L.: «El Requisito Normativo de un Título o Capacitación Oficial para Ser Contratado Libremente», *Relaciones Laborales*, Núm. 6, 2004

IGLESIAS PADRÓN, M.: «Empleo y mujer con discapacidad», en CASADO MUÑOZ, R. y CIFUENTES GARCÍA, A. (Coordinadoras): *El acceso al empleo y a la universidad de las personas con discapacidad: barreras y alternativas*, Burgos, Universidad de Burgos, 2003

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (INAP): «El artículo 24 de la Constitución: algunos problemas pendientes», *Cuadernos de Derecho Público*, Instituto Nacional de Administración Pública, nº 10, Mayo-Agosto/2010

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE): «El salario de las personas con discapacidad 2010», Madrid, Octubre de 2013

INTERNATIONAL DISABILITY NETWORK/CENTER FOR INTERNATIONAL REHABILITATION: *International disabilities rights monitor*, Chicago, Regional Report of Europe 2007, 2007

JIMÉNEZ CAMPO, J.: «La igualdad jurídica como límite al legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, 1983

LAHERA FORTEZA, J.: «Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados», en VALDÉS DAL-RE, F. (Director) y LAHERA FORTEZA, J. (Coordinador): *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2005

LEZCANO BARBERO, F.: «Dificultades de acceso al empleo de las personas con enfermedad mental», en CASADO MUÑOZ, R. y CIFUENTES GARCÍA, A. (Coordinadoras): *El acceso al empleo y a la universidad de las personas con discapacidad: barreras y alternativas*, Burgos, Universidad de Burgos, 2003

MANGAS MARTÍN, A. (Directora): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Atlántida, 2008

MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L.: *El derecho de los trabajadores a la seguridad y la salud en el trabajo*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2006

## Bibliografía

---

MARTÍN VIDA, M.A.: *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2002

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

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

MARTÍNEZ-PUJALTE, A.: «Los principios básicos del nuevo Derecho español de la discapacidad a la luz de la LIONDAU», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad, Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Aranzadi, 2009

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

MARTÍNEZ TAPIA, R.: *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*, Almería, Universidad de Almería, 2000

MELÉNDEZ JIMÉNEZ, F.: *En los márgenes de la marginalidad*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1997

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

MOLINA HERMOSILLA, O.: «El autoempleo como solución -más pretendida que real- para la inserción de colectivos más desfavorecidos», *Aranzadi Social*, nº 16/2007

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

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

MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J., SEMPERE NAVARRO, A. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona, Aranzadi, 2001

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

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

MORA GONZÁLEZ, V.: «Régimen jurídico del sistema español de empleo para personas con discapacidad», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad, Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Aranzadi, 2009

MUÑOZ ARNAU, J.: *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*, Pamplona, Aranzadi, 1998

MUÑOZ RUÍZ, A.: «El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores», *Temas Laborales*, nº 101, 2009

NUÑEZ GONZÁLEZ, C.: «La aplicación de la reserva de empleo para personas con minusvalía (Comentario a la sentencia de 11 de mayo de 1995 del TSJ de la Comunidad Valenciana)», *Tribuna Social*, 1996, nº 68-69

NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La integración laboral de las personas con discapacidad: régimen jurídico*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 2000

NUÑEZ GONZÁLEZ, C.: «La nueva configuración de la reserva de empleo para personas con discapacidad», *Actualidad Laboral*, nº 1, 1999

OCDE: «Transforming Disability into Ability: policies to promote work and income security for disabled people», OCDE, 2003

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: «Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidades a través de la legislación», Ginebra, OIT, 2007

OLIVER, M.: *Understanding Disability: From Theory to Practise*, Londres, McMillan Press Ltd, 1996

ORTEGA FIGUERAL, E.: *Todo contratación laboral 2008*, Valencia, Wolters Kluwer España, 2008

ORTÍZ LALLANA, M. CARMEN: «Autoempleo y fomento del espíritu empresarial en la Unión e la Unión Europea», *Relaciones Laborales*, nº 7-8 Abril/2000

O'REILLY, A.: *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades*, OIT, International Labour Office, 2007

## Bibliografía

---

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

PALACIOS RIZZO, A.: «La progresiva recepción del modelo social de discapacidad en la legislación española», en PÉREZ BUENO, L.C. (Director): *Hacia un Derecho de la Discapacidad, Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Aranzadi, 2009

PALOMEQUE LÓPEZ, M.: «La versión 2001 de la reforma laboral permanente», en GARCÍA-PERROTE, I. (Coordinador): *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el año 2002*, Valladolid, Lex Nova, 2002

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

PEREDA, C., DE PRADA, M. y ACTIS, W (COLECTIVO IOE): *La inserció laboral de les persones amb discapacitats*, Barcelona, Fundació La Caixa, 2003

PÉREZ AMORÓS, F.: «La relación laboral especial de los discapacitados que trabajan en centros especiales de empleo (I): forma del contrato, capacidad para contratar como trabajador, tiempo de trabajo y salario», en ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Directores) y SOLÀ MONELLS, X. (Coordinador): *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009

PEREZ BUENO, L.: *Manual para la negociación colectiva inclusiva en materia de discapacidad*, Madrid, Cinca, 2013

PÉREZ DEL RÍO, T.: «Discriminación indirecta, acción positiva y transversalidad de género». Artículo publicado en Asociación de Mujeres Investigadoras y Tecnólogas (AMIT). Consultado en marzo de 2014 en la dirección electrónica [http://www.amit-es.org/assets/files/publicaciones/discriminacion\\_indirecta\\_teresa\\_%20perez\\_v\\_asamblea.pdf](http://www.amit-es.org/assets/files/publicaciones/discriminacion_indirecta_teresa_%20perez_v_asamblea.pdf)

PÉREZ DEL RÍO, T.: «Introducción. Principios de discriminación indirecta y acción positiva. Estructura y articulación de la negociación colectiva», en AAVV (Coord. PÉREZ DEL RÍO, T.): *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid, Instituto de la Mujer, 1997

PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

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

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

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

POWELL, R.: «Beyond Lane: Who is Protected By the Americans With Disabilities Act, Who Should Be?», *Denver University Law Review*, Vol. 82:1, No. 25, 2004

PUIG CAMPMANY, M.: «La responsabilidad social en relación con el empleo público y las personas con discapacidad», en MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J. (Coordinador): *El empleo público y las personas con discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca, 2009

QUEREJETA GONZÁLEZ, M.: «La Clasificación de la OMS: dificultades para usar un lenguaje común», *Revista Zerbitzuan*, número 37/99

QUINN, G. y DEGENER, T. (Ed.): *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability*, Nueva York y Ginebra, Office of the United Nations Commissioner for Human Rights, Naciones Unidas, 2002

QUINTANILLA NAVARRO, B.: «Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad», en VALDÉS DAL-RE, F. (Director) y LAHERA FORTEZA, J. (Coordinador): *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2005

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

REY MARTÍNEZ, F.: «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 28, Nº 84/2008

## Bibliografía

---

- RODRÍGUEZ CABRERO, G., GARCÍA SERRAN 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*, Madrid, Ediciones Cinca, 2009
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*, Madrid, Cinca, 2008
- RODRÍGUEZ HIDALGO, J.: «El fomento del empleo de los *minusválidos* a través de la “cuota de reserva”», en DUEÑAS HERRERA, L. (Director): *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, Valladolid, Editorial de la Universidad de Valladolid, 2005
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, V.: La Universidad y los estudiantes con discapacidad, en AA.VV.: *Jornadas: inclusión de los estudiantes con discapacidad en la Universidad. Necesidades y demandas*, Madrid, UNED, 2011
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2000
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo», en BORRAJO DACRUZ, E. (Director): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, 1983
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986
- ROJO TORRECILLA, E.: «El blog de Eduardo Rojo», en <http://eduardorjoblog.blogspot.com/2010/11/la-estrategia-europea-sobre.html>, 18 de noviembre de 2010
- RUBIO LLORENTE, F.: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 31, 1991
- RUIZ CASTILLO, M.: *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Albacete, Bomarzo, 2010
- RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., con la colaboración de RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, I.: «Artículo 10: Derechos fundamentales de la persona», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Director): *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo II*, Madrid, Cortes Generales, Edersa, 1996
- RUIZ MIGUEL, A.: «La discriminación inversa y el caso Kalanke», *Doxa*, núm. 19, 1996

## Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo

---

SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976

SALA FRANCO, T.: *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012

SALA FRANCO, T.: «Los principios de imperatividad legal, de norma mínima y de norma más favorable», en DE LA VILLA GIL, L. y LÓPEZ CUMBRE, L. (Directores): *Los principios del Derecho del Trabajo*, Madrid, CEF, 2003

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

SANCHEZ-CERVERA SERNA, J.: «Los enclaves laborales», *Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, Vol. 36 (2), nº 214, 2005

SÁNCHEZ-CERVERA SERNA, J. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.: *Los trabajadores discapacitados*, Valencia, CISS, 2000

SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: «Empleo privado e igualdad por razón de sexo tras la Ley orgánica de igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Foro Nueva época*, núm. 9/2009

SEELMAN, K.D.: «Tendencias en la Rehabilitación y en la Discapacidad: Transición desde un Modelo Médico a un Modelo de Integración», *Universidad de Pittsburgh, Disability World* (<http://www.disabilityworld.org>), Vol. 22, Enero-Marzo 2004

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: «El trabajo de los *minusválidos*. Problemas de su regulación», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, Nº 91, 1998

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: «El trabajo de los *minusválidos* tras el RD 427/1999, de 12 de marzo», *Tomo V, Aranzadi Social*, 1999

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

SUAY RINCÓN, J.: *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985

SUERMAUM, J.: «Affirmative action. Positive Diskriminierung im amerikanischen und im deutschen Recht», *Der Staat*, núm 3, 1989

THORNTON, P.: «Cuotas de empleo, contribuciones compensatorias y Fondos Nacionales para la rehabilitación de personas con discapacidad: guía práctica» en VISIER, L., THORNTON, P., y MORA, v.: *Nuevas experiencias*



## Bibliografía

---

*internacionales en materia de empleo de personas con discapacidad*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 2000

THORNTON, P. y LUNT, N.: *Employment policies for disabled people in eighteen countries: A review*, New York, Universidad de Nueva York, Social Policy Research Unit (Departamento de Investigación en Política Social), 1997

TOUCHARD, J.: «Igualdad y principio de solidaridad», en *El Principio de igualdad en la Constitución Española*, Tomo I, Madrid, Servicio Jurídico del Estado, 1991

TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, Pamplona, Aranzadi, 2000

TUSSMAN, J. y TENBROECK, J.: «The equal protection of the Laws», en *California Law Review*, Vol. XXXVII, núm. 3, 1949

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

VAZ LEAL, F. y CANO CARRASCO, M.: «Clasificación de las deficiencias, discapacidades y Minusvalías», consultado en marzo de 2014 en la dirección electrónica <http://www.proyectojuvenalis.org/docs/clasificacion.pdf>

VENEGAS CASTELLANOS, A: *Teoría y Práctica de la acción de tutela*, Bogotá, Editores AVC, 1996

VERDUGO ALONSO, M.: *Personas con discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras*, Madrid, Siglo XXI de España Editores S.A., 2005

VERDUGO ALONSO, M. A., JORDÁN DE URRÍES, F.B. y BELLVER, F. (1998): «Situación actual del Empleo con Apoyo en España», *Siglo Cero* nº175, 1998, Vol. 29, (1)

VIDA SORIA, J.: «Artículo 49: protección de los *disminuidos* físicos» en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Director): *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo IV*, Madrid, Cortes Generales, Edersa, 1996

VIDAGANY PELÁEZ, J.M. y GARCÍA SENTANDREU, J.: *Derecho para la discapacidad: los centros especiales de empleo*, Valencia, Diario del Puerto, 2003

**Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo**

---

VILLA FERNÁNDEZ, N.: *La inclusión progresiva de las personas con discapacidad intelectual en el mundo laboral*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007

VISIER, L.: «Las relaciones laborales en el sistema protegido», en VISIER, L., THORNTON, P., y MORA, V.: *Nuevas experiencias internacionales en materia de empleo de personas con discapacidad*. Madrid, Escuela Libre Editorial, 2000

WADDINGTON, L.: «Chapter six. Reasonable Accommodation», en D. SCHIEK, L. WADDINGTON and M. BELL (eds.): *Cases, Material and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Londres, Oxford: Hart Publishing, 2007

WADDINGTON, L.: «Implementing and interpreting the Reasonable Accommodation Provision of the Framework Employment Directive: Learning from Experience and Achieving Best Practice», EU Network of Experts on Disability Discrimination, Comisión Europea, 2004

WADDINGTON, L.: «Legislating to Employ People with Disabilities: The European and American Way», 1 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 367 (1994)

WADDINGTON, L.: «Reassessing the Employment of People with Disabilities in Europe: From Quotas to Anti-Discrimination Laws», 18 Comp. Lab. L.J. 62 (1996-1997)