

Jorge Pérez Pérez

La discapacitat
i l'ocupació a les
administracions
públiques

11E Estudios de Relacions Laborals

Jorge Pérez Pérez

La discapacitat
i l'ocupació a les
administracions
públiques

© Diputació de Barcelona

Febrer 2017

Disseny gràfic: Jordi Palli

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

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

Producció: Gabinet de Premsa i Comunicació de la Diputació de Barcelona

Impressió: AGPOGRAF

Índex

| | |
|--|----|
| Abreviatures | 7 |
| Introducció | 9 |
| 1. La discapacitat i la igualtat d'oportunitats | 13 |
| 1.1. La terminologia | 13 |
| 1.2. El concepte de discapacitat | 18 |
| 1.3. El reconeixement del grau de discapacitat | 25 |
| 1.4. La igualtat d'oportunitats i la lluita contra la discriminació | 29 |
| 2. L'Administració pública i l'ocupació de les persones amb discapacitat | 35 |
| 2.1. Ocupació pública i discapacitat: principis bàsics i tipus d'empleats públics | 35 |
| 2.2. L'accés a l'ocupació pública: quotes de reserva | 43 |
| 2.2.1. Els sistemes de quota de reserva d'ocupació | 43 |
| 2.2.2. Els sistemes de quota i els principis constitucionals relacionats amb l'ocupació pública: delimitació de la reserva | 46 |
| 2.2.3. Ocupadors afectats per la quota de reserva | 49 |
| 2.2.4. La quota de reserva en la normativa de desenvolupament de l'EBEP | 52 |
| 2.3. Procediment per a l'aplicació de la quota de reserva i altres mesures d'acció positiva | 57 |
| 2.4. Normativa catalana en la matèria | 62 |
| 3. La gestió i el foment de l'ocupació de les persones amb discapacitat i la quota de reserva del TRLGDPD | 67 |
| 3.1. El paper de l'Administració pública en la gestió i el foment de l'ocupació de les persones amb discapacitat | 67 |

| | |
|---|-----|
| 3.2. L'acció positiva com a garantia d'igualtat d'oportunitats en l'accés a l'ocupació: la quota de reserva del TRLGDPD | 71 |
| 3.2.1. Reserva d'ocupació en el sector públic: quota de reserva del 7% i quota de reserva del 2% | 73 |
| 3.2.2. Configuració de la quota de reserva del 2% | 76 |
| 3.2.3. L'excepcionalitat i les mesures alternatives | 85 |
| 3.2.4. Un cas significatiu: la gestió de l'excepcionalitat a Catalunya | 90 |
| 3.3. L'aplicació del dret administratiu sancionador sobre l'obligació de reserva d'ocupació per a persones amb discapacitat | 96 |
| 3.3.1. Les infraccions relacionades amb la quota de reserva | 96 |
| 3.3.2. Sancions derivades de l'incompliment de l'obligació de reserva | 98 |
| Reflexions finals | 103 |
| Bibliografia d'interès | 107 |
| L'autor | 111 |

Abreviatures

| | |
|---------|---|
| BOE | Butlletí Oficial de l'Estat |
| CE | Constitució espanyola |
| DO | Diari oficial |
| EBEP | Text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, aprovat per Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre |
| IPREM | Indicador públic de renda d'efectes múltiples |
| LD | Llei 39/2006, de 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i atenció a les persones en situació de dependència |
| LIONDAU | Llei 51/2003, de 2 de desembre, d'igualtat d'oportunitats, no-discriminació i accessibilitat universal de les persones amb discapacitat |
| LISMI | Llei 13/1982, de 7 d'abril, d'integració social dels minusvàlids |
| OMS | Organització Mundial de la Salut |
| SAN | Sentència de l'Audiència Nacional |
| STC | Sentència del Tribunal Constitucional |
| STJUE | Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea |
| STS | Sentència del Tribunal Suprem |
| STSJ | Sentència del Tribunal Superior de Justícia |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TJUE | Tribunal de Justícia de la Unió Europea |
| TRLCPE | Text refós de la Llei de classes passives de l'Estat, aprovat pel Reial decret legislatiu 670/1987, de 30 d'abril |
| TRLET | Text refós de la Llei de l'Estatut dels treballadors, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre |

| | |
|---------|---|
| TRLGDPD | Text refós de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat i de la seva inclusió social, aprovat pel Reial decret legislatiu 1/2013, de 29 de novembre |
| TRLGSS | Text refós de la Llei general de la Seguretat Social, aprovat pel Reial decret legislatiu 8/2015, de 30 d'octubre |
| TRLISOS | Text refós de la Llei sobre infraccions i sancions en l'ordre social, aprovat pel Reial decret legislatiu 5/2000, de 4 d'agost |

Introducció

Sens dubte, la discapacitat és una circumstància molt present a la nostra societat, alhora que una causa freqüent de discriminació. El legislador constitucional, en consagrar el principi d'igualtat, en les seves vessants material i formal, obliga els poders públics a dur a terme polítiques inclusives de les persones amb discapacitat en els diferents entorns de la vida social, entre els quals sens dubte hi ha el de l'ocupació i el treball. És en aquests àmbits on, a vegades, la discriminació de les persones amb discapacitat es presenta d'una manera més evident, atès que el nostre mercat de treball es mostra reticent, si no hostil, a l'hora d'incorporar aquestes persones o de valorar les seves capacitats en termes de progrés i promoció professional.

En aquest context complex, l'Administració pública hi té un paper molt rellevant, tant en la seva funció d'ocupador com en el de garant últim del compliment de les obligacions empresarials en aquesta matèria. L'Administració assumirà un paper protagonista en les relacions de treball de les persones amb discapacitat perquè l'ocupació pública constitueix una part molt important del nostre mercat global de treball. D'altra banda, els principis que han d'inspirar l'actuació de les administracions públiques, amb la finalitat última de satisfer els interessos generals, les obliguen a fer un esforç important a l'hora d'incloure les persones amb discapacitat en entorns normalitzats de treball i, també, a afavorir el seu progrés en aquests entorns i la seva promoció professional, considerant les característiques especials de cadascuna d'aquestes persones.

A partir d'aquest plantejament, s'afrontarà en primer terme l'estudi de la terminologia relacionada amb la discapacitat, tan difusa com canviant. Al legislador li costa trobar un terme per fer referència a aquesta circumstància i, per això, s'ha anat progressant des d'expressions clarament desafortunades, que posaven un èmfasi especial en la diferència i el defecte, fins a unes altres de més compassives amb la realitat, que pretenen donar valor a les capacitats de tothom i les diferències entre uns i altres, sense més rellevància que la de dissenyar per a tothom i adaptar, quan calgui, el treball a la persones, i no a l'inrevés. No és fàcil

trobar el terme que susciti l'acord general, però és cert que l'evolució terminològica és prometedora, i també la uniformització dels usos lingüístics cap a expressions no agressives i definidores de les diferències, i no de les mancances. D'altra banda, cal considerar que la discapacitat, en termes generals, ens afecta a tots poc o molt, de manera que crear expressions que parcel·len els individus en grups artificiosos no afavoreix gens la comprensió ni la valoració del veritable abast d'aquesta qüestió.

Un cop analitzada la terminologia, cal referir-se al mateix concepte de discapacitat, atenent l'evolució històrica que s'ha produït en aquesta matèria. Sens dubte, el plantejament inicial de la discapacitat incideix en aspectes purament mèdics i rehabilitadors, sense apreciacions complementàries que permetin apropar la realitat social al concepte de discapacitat. A diferència d'altres circumstàncies que generen discriminació i que són immediatament apreciables, la discapacitat requereix una conceptualització precisa i de mecanismes específics que permetin determinar-la i valorar-la. Per tant, no solament necessitem un concepte estable de discapacitat, sinó que a més aquest concepte ha de considerar els factors purament mèdics i, de manera molt especial, els anomenats *factors socials*. A més, la valoració de tots aquests factors ha de respondre a paràmetres objectius, que ens permetin determinar quan la discapacitat té rellevància jurídica des del punt de vista de la necessitat d'adaptació o de l'aplicació de mesures correctores de la discriminació, i que afavoreixin positivament la igualtat d'oportunitats de totes les persones en l'accés a l'ocupació i en el desenvolupament de les seves relacions laborals. La situació actual és, com veurem, complexa en aquest punt, atès que el nostre dret encara té com a gran llast el concepte de discapacitat de caràcter mèdic, i l'aparició d'aspectes socials sorgeix de manera progressiva, però també lenta. Els mecanismes de determinació i valoració de la discapacitat, en conseqüència, seran condicionats per aquesta visió del concepte de discapacitat i atendran prioritàriament al fet que hi hagi circumstàncies objectives mèdicament determinables.

En el segon capítol s'examinaran les característiques especials de l'ocupació pública i com afecten la inclusió de persones amb discapacitat en aquest tipus d'ocupació. Sens dubte, la configuració peculiar del treball en les administracions públiques, vinculat als principis constitucionals de mèrit, capacitat i igualtat, condicionarà notablement la configuració de l'accés de les persones amb discapacitat a l'ocupació pública. No obstant això, no pot fer-ho fins al punt de negar aquesta possibilitat, ja que això atemptaria contra el principi d'igualtat d'oportunitats, per la qual cosa és imprescindible l'aplicació de mesures d'acció positiva. Entre aquestes mesures, a més de les relacionades amb les adaptacions de temps i mitjans, destaquen molt especialment els sistemes de quotes de reserva d'ocupació pública, que pretenen afavorir la incorporació a aquest àmbit de persones amb discapacitat mitjançant la constitució de torns d'accés específics per a aquestes persones, salvaguardant en tot cas la vinculació als principis constitucionals esmentats. A la

pràctica, però, no serà fàcil determinar els supòsits en què la quota de reserva ha de ser aplicada, ja que conviu amb una altra obligació, més àmplia i estricta, la de reserva directa d'ocupació per a empreses, públiques i privades, amb cinquanta treballadors o més en plantilla. El fet de configurar cadascuna de les obligacions, i determinar els casos en què són exigibles, serà una tasca complexa si considerem les característiques peculiars de les nostres administracions públiques.

En tot cas, i després d'analitzar el contingut i la delimitació de l'obligació de reserva en les convocatòries d'ocupació pública, en l'últim dels capítols s'examinarà l'obligació de reserva directa d'ocupació. Aquesta obligació, que representa que el 2% dels llocs de treball a les empreses, públiques o privades, de cinquanta treballadors o més, ha d'estar ocupat per persones amb discapacitat, constitueix, sens dubte, la mesura d'acció positiva més decidida que el legislador ha incorporat a la nostra normativa. Amb tot, davant les evidents dificultats que presenta a la pràctica, s'ha arbitrat un mecanisme alternatiu de compliment d'aquesta obligació en situacions d'excepcionalitat, que permet a les empreses obligades, un cop s'han acreditat aquestes situacions, d'aplicar mesures alternatives i substitutives de l'obligació de contractació directa. Després d'analitzar el contingut d'aquestes obligacions, tant directes com indirectes, de contractació de persones amb discapacitat, s'efectuarà una breu però concreta referència als aspectes relacionats amb el dret sancionador. Tanmateix, aquesta qüestió és complexa i objecte de discussió, atès que els efectes dissuasius que, sens dubte, ha de perseguir tota norma sancionadora no acaben de ser visibles a la pràctica, si considerem que el grau de compliment de la quota de reserva directa d'ocupació encara no és satisfactori.

1. La discapacitat i la igualtat d'oportunitats

1.1. La terminologia

Tot i que de manera breu, convé fer algunes consideracions inicials sobre la qüestió de la terminologia, ja que en aquest àmbit ha estat canviant i, sovint, imprecisa i fins i tot ofensiva per a moltes persones. El fet que per referir-nos a una situació personal i socialment rellevant, que a vegades és un condicionant del gaudi eficaç de drets i llibertats que tenen el màxim reconeixement constitucional, ens haguem servit d'un bon nombre de termes diferents, posa de manifest la dificultat que ha comportat el reconeixement d'aquesta realitat i, alhora, explica el sentit en què s'han mogut les diferents polítiques socials per tractar-la.

A Espanya, des que el Reial decret de 22 gener de 1910 va crear el Patronat Nacional de Sordmuts, Cecs i Anormals fins que, mitjançant l'article 57 de la Llei 14/2010, de 29 de desembre, es va regular el Reial Patronat sobre Discapacitat, s'han anat succeint diverses normes, denominacions i terminologies per referir-se a la discapacitat.¹ Des de llavors, i fins avui, és apreciable l'esforç del legislador per buscar termes que endolceixin la realitat que representen, fins al punt que a vegades aquesta realitat pogués semblar diferent d'aquella que es vol regular. Aquest tipus de comportament és molt comú en els nostres temps i en diferents àmbits, i és freqüent l'ús de l'eufemisme o de la perífrasi en detriment de la claredat i la precisió tècnica que aquestes situacions requereixen.² El recurs del legislador al diccionari de la Reial Acadèmia Espanyola hauria de ser més constant i les temptacions de dispersió terminològica, menys freqüents.

1. Entre altres, hi va haver el Decret de 3 d'abril de 1934, en el qual apareixia el Patronat Nacional de Cultura dels Deficients; el Decret de 6 de març de 1953, que regulava el Patronat d'Educació per a la Infància Anormal, o el Reial decret 1475/1986, d'11 de juliol, que creava el Reial Patronat de Prevenció i d'Atenció a Persones amb Minusvalidesa.

2. Aquest comportament legislatiu és especialment apreciable en la Llei orgànica 1/2004, de 29 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere, que en realitat fa referència a la violència masclista sense que aquest terme aparegui cap vegada en tot el text de la norma.

En tot cas, un cop d'ull a l'evolució històrica de la terminologia relacionada amb la discapacitat posa de manifest aquesta conducta vacil·lant. En la normativa espanyola preconstitucional apareix com a terme recurrent, en relació amb la discapacitat, el de *subnormalitat*, amb la consegüent atribució a les persones que s'engloben en aquest col·lectiu de l'apel·latiu *subnormals*. Podríem dir que en aquests primers moments de normativa específica en matèria de discapacitat, les qüestions estètiques no preocupen gaire el legislador, segurament perquè la percepció social de la discapacitat era tan notòriament negativa que qualsevol referència es donava per vàlida. D'altra banda, l'arrelament de determinades tendències expressives és tan gran que sovint els mateixos afectats assumeixen, en el context d'una regulació que es presenta com a protectora i, al seu moment, progressista, denominacions poc compassives amb la dignitat de la persona i amb la consideració i el reconeixement social deguts a tots els ciutadans d'un Estat social. Així, a l'Espanya preconstitucional és habitual trobar nombroses associacions que inclouen en la seva denominació el concepte *pro subnormal*. És el cas, per esmentar un exemple significatiu, de la mateixa Federació Espanyola d'Associacions Pro Subnormals (FEAPS), avui anomenada Federació d'Organitzacions a favor de Persones amb Discapacitat Intel·lectual.

Com veurem en l'apartat següent, el model conceptual de la discapacitat incideix directament en la terminologia, i el model dominant en la nostra normativa preconstitucional és de base eminentment mèdica i rehabilitadora, de manera que l'èmfasi de l'esforç adaptatiu es posa en la persona i no en la societat. Dit d'una altra manera, la societat no té la «culpa» que hi hagi persones que no hi encaixen de manera fluida i, en conseqüència, no té obligacions en relació amb aquestes persones si no mostren un esforç apreciable per aconseguir aquest encaix. Aquest model vincula discapacitat i malaltia, fins al punt que les persones afectades i a les quals es fa referència d'aquesta manera sovint assumiran conceptes propis del tractament de malalts i accidentats,³ amb notables influències de la normativa militar. En alguns casos, aquestes situacions s'han arribat a erigir en element social destacat i a tenir normativa militar específica, com va passar amb el Cos d'Invàlids, creat sota el regnat d'Isabel II i que no va desaparèixer de manera definitiva fins a l'any 1991.

Però la terminologia rebrà l'efecte de la irrupció d'un nou model social en la concepció de les situacions determinants de la discapacitat i en el tractament que la societat ha de procurar per a aquestes situacions. Neix així una cerca ansiosa de la preuada expressió universal que permeti presentar una situació objectiva de desavantatge personal i social experimentada per un gran nombre de ciutadans,

3. A aquesta categoria pertanyen, per exemple, els termes *invàlid*, *inútil* i *impedit*, molts dels quals són presents en l'argot militar relacionat amb les conseqüències traumàtiques de les accions de guerra. També és freqüent l'ús dels termes *deficient* i *incapaç*, la relació dels quals amb la consideració mèdica de la discapacitat és evident.

sense ferir ni els afectats ni la mateixa societat, amb la contundència dels termes en ús. En aquesta línia s'emmarca l'article 49 de la nostra Constitució, que es decideix, amb escassa fortuna, pel terme *disminuïts*. El cert és que la discapacitat no es pot presentar, de cap manera, com una circumstància degradant amb caràcter general, i en cap cas es pot associar a una disminució personal, atès que en cas contrari s'estaria prejutjant la conseqüència d'una peculiaritat, i es vincularia en tot cas a una disminució genèrica o, si més no, imprecisa. Per aquesta raó el terme triat pel legislador constitucional, de manera sorprenent tenint en compte el lloc legislatiu privilegiat que ocupa aquesta norma, serà obviat i substituït gairebé de manera immediata pel legislador ordinari. Així, quan les Corts Generals afronten el desenvolupament mitjançant normativa ordinària del contingut de l'article 49 de la CE, en cap moment es planteja el manteniment del terme *disminuïts*, tot i que veient el resultat de l'opció triada pel legislador ordinari, això hauria tingut ben poca importància. La Llei 13/1982, de 7 d'abril, que serà el fruit d'aquest procés de producció normativa, portarà per títol: «Llei d'integració social dels *minusvàlids*». No obstant això, el legislador ordinari s'esforça per no desairar el constitucional i, per tant, adopta el terme triat per aquest últim dins del text de la LISMI en múltiples ocasions, si bé la decisió de no usar-lo en el títol de la mateixa llei resulta il·lustratiu de les reticències que el legislador de l'any 1982 té amb el vocable. La mateixa LISMI estava molt marcada per la dualitat terminològica, ja que les expressions *disminuït*, *disminuïts* i *disminució* apareixien en gran part del seu articulat (articles 1, 2, 7, 10, 19, 50, 57, 64, 65 i disposicions addicionals primera i sisena), si bé la norma apostava per l'expressió que hi donava títol i que es repetia de manera abundant al llarg de tot el text.

Així, doncs, la LISMI no posa fi al problema i tampoc no aconsegueix trobar el terme adequat. Tot i això, i en el desenvolupament d'aquesta norma, el Reial decret 348/1986, de 10 de febrer, substituirà els termes *subnormalitat* i *subnormal* continguts en les disposicions reglamentàries vigents fins aleshores pels conceptes *minusvàlidesa* i *persona amb minusvàlidesa*, afegint que quan convingués s'hauria d'especificar la naturalesa física, psíquica o sensorial de la minusvàlidesa. Podem afirmar que la LISMI i la normativa de desenvolupament uniformen per primera vegada en el panorama legislatiu espanyol la terminologia relacionada amb la discapacitat, si bé d'una manera certament desafortunada. I podem concloure, a més, que aquesta manca de fortuna és especialment apreciable en relació amb l'ocupació pública, ja que els principis constitucionals de mèrit i capacitat, inclosos en l'article 103 de la Carta Magna, i als quals ens referirem amb profusió més endavant, es contradueixen amb la possibilitat que una persona de poca vàlua pugui accedir a l'ocupació pública. Dit d'una altra manera, una persona *minusvàlida* no podria tenir cap opció d'accés a l'ocupació pública, atès que la finalitat dels processos de selecció és, precisament, trobar els candidats més vàlids i capaços. Sembla, doncs, que el terme de cap manera es refereix amb encert a la situació regulada

en aquest àmbit, i això s'esdevé malgrat que, sorprenentment, va gaudir d'una gran estabilitat durant molts anys.

La celebració el 2003 de l'Any Europeu de les Persones amb Discapacitat va permetre incorporar al nostre ordenament jurídic canvis rellevants en aquesta matèria, que es van produir molt especialment amb la publicació de la Llei 51/2003, de 2 de desembre, d'igualtat d'oportunitats, no-discriminació i accessibilitat universal de les persones amb discapacitat. No obstant això, ja s'havien observat moviments en l'àmbit terminològic, i les referències a la discapacitat ja eren, en aquells moments, d'ús comú en molts àmbits institucionals i normatius,⁴ per la qual cosa la LIONDAU va constituir el suport definitiu a la substitució i l'evolució terminològiques. La nova llei, malgrat que en la seva exposició de motius no feia cap referència a les raons per les quals es va decidir incorporar de manera generalitzada la nova terminologia, arriba a generalitzar les expressions *discapacitat* i *persona amb discapacitat* en la nostra normativa. Per culminar aquesta tasca, la Llei 39/2006, de 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i atenció a les persones en situació de dependència, en la disposició addicional vuitena, que té per títol «Terminologia», estableix que les referències que s'efectuen en els textos normatius a *minusvàlids* i a *persones amb minusvalidesa* s'entendran realitzades, des de l'entrada en vigor de la mateixa LD, a *discapacitat* i a *persones amb discapacitat*. La LD afegeix que, a partir de la seva entrada en vigor, les disposicions normatives elaborades per les administracions públiques usaran les expressions *persona amb discapacitat* o *persones amb discapacitat* per denominar-les.

El Reial decret 1971/1999, de 23 de desembre, de procediment per al reconeixement, declaració i qualificació del grau de discapacitat, en la disposició addicional segona, duu a terme el que la mateixa disposició qualifica com una «actualització terminològica i conceptual», i fa un pas més enllà en introduir una nova terminologia per a les referències que en la redacció original del reial decret es feien als conceptes *discapacitat* i *grau de discapacitat*, que queden substituïts per *limitacions en l'activitat* i *grau de les limitacions en l'activitat*, respectivament. En relació amb l'ocupació pública, resulta especialment rellevant aquest tomb terminològic que porta a terme el Reial decret 1971/1999, ja que el veritablement important en els processos de selecció d'empleats públics és que acreditin capacitat funcional per al desenvolupament de les tasques pròpies dels llocs convocats. Per tant, una referència genèrica a la discapacitat resulta també incongruent amb els principis pels quals es regeix l'ocupació pública.

En l'àmbit de l'ocupació pública, com ja s'ha dit, cal partir de la capacitat d'una persona per assumir les funcions i tasques pròpies del lloc de treball que s'ha d'exercir, de manera que el nou terme tampoc no resol els problemes suscitats pels

4. Abans de la LIONDAU, per exemple, el Reial decret 946/2001, de 3 d'agost, ja havia aprovat l'Estatut del Reial Patronat sobre Discapacitat.

anterior. No és admissible, des d'aquest punt de vista, l'obertura de condicions especials de manca de capacitat funcional per a determinades persones en relació amb l'accés a l'ocupació pública, atès que l'exigència constitucional de capacitat vincula el resultat dels processos selectius a l'acreditació d'aquesta circumstància. En realitat, el problema de la terminologia continua essent el tribut que es rendeix a un model excessivament «funcionalista» a l'hora d'apreciar i acreditar les circumstàncies que generen la presència de barreres per a una persona. La terminologia s'hauria de fixar més en aquesta posició peculiar d'una persona davant d'aquestes barreres, i en les conseqüències que té per a ella en termes d'accessibilitat i desenvolupament normal de les seves aptituds, que en l'origen d'aquestes circumstàncies. Dit d'una altra manera, allò que és rellevant no és la menor capacitat d'una persona, amb caràcter general i respecte a un estàndard de capacitat —d'altra banda, gens fàcil de determinar—, sinó, molt especialment, la situació d'aquesta persona en relació amb altres a l'hora de tenir les mateixes oportunitats en l'accés a l'ocupació, pública en aquest cas, o en el desenvolupament amb normalitat de la seva activitat professional.

Així, doncs, el fet de parlar de persones amb discapacitat és limitar de manera evident l'enfocament de la qüestió, i torna a dipositar en l'individu el germen del problema. Les persones que necessiten adaptacions o atencions específiques per superar una situació de discriminació o per desenvolupar la seva vida en igualtat de condicions mereixen gaudir de les mateixes oportunitats que les persones que no necessiten aquestes atencions. No caldria parlar, per tant, de persones amb discapacitat,⁵ sinó de societats capaces de dur a terme els esforços necessaris per eradicar la discriminació i permetre, mitjançant l'acció positiva, la igualtat d'oportunitats per a tots els individus. Aquesta proposta de canvi terminològic només vol remarcar d'una manera més contundent el nou model social de regulació de la discapacitat, entesa com un problema essencialment social i no tant individual.

Més enllà del debat terminològic, que per la seva aridesa es podria presentar com a escassament transcendent, la reflexió permet plantejar un nou enfocament dels deures que té la societat amb aquest col·lectiu, en el sentit que les accions positives que es duguin a terme han de tenir com a fita eliminar les discapacitats que la societat presenta per aconseguir l'objectiu de la igualtat material i l'absència de discriminació. D'aquesta manera, la normativa ha d'identificar aquells supòsits en què una persona té dret a ser subjecte d'accions positives que garanteixin que es troba en situació d'igualtat d'oportunitats respecte d'altres persones en relació amb l'exercici d'un dret concret. La referència a aquestes persones ha de destacar, per tant, el dret a l'acció positiva, tot i que aquest dret pot tenir l'origen en diferents circumstàncies que provoquen una situació de desigualtat inicial o que puguin ori-

5. Amb tot, al llarg de la present obra es farà servir aquesta expressió, atès que es considera que és la que es fa servir, com s'ha pogut veure, de manera generalitzada en gairebé tota la normativa interna i internacional vigent.

ginar discriminació. Una d'aquestes circumstàncies és, sens dubte, la presència de discapacitat; però la justificació de l'acció s'ha de centrar en el dret subjectiu a la correcció de la desigualtat, i no en la circumstància que la genera, per reflectir, d'aquesta manera, els postulats del model social de discapacitat i fugir dels plantejaments estrictament assistencialistes del model mèdic.

De nou cal fer una referència específica a l'àmbit de l'ocupació pública, i diferenciar el procés selectiu de les funcions pròpies dels llocs convocats. Ens referim al fet que, a vegades, les dificultats o barreres es troben en ambdós àmbits i que, en conseqüència, requereixen esforços adaptatius tant en l'un com en l'altre, mentre que en altres casos les dificultats o barreres només es presenten en un dels àmbits. Així, doncs, si una persona presenta característiques que disminueixen la seva igualtat d'oportunitats en relació amb la resta de candidats en una prova selectiva, s'ha de corregir aquesta desigualtat en l'execució de la prova, atès que pot passar que aquestes barreres no apareguin en el desenvolupament professional del lloc de treball. També es pot esdevenir, lògicament, el contrari. Si ens cenyim a la terminologia actual, podríem arribar a concloure, de manera absurda, que una persona té discapacitat per fer una prova selectiva però que no la té per desenvolupar el lloc de treball assignat un cop superada la prova. Això passa perquè, en realitat, el terme no és adequat, atès que atribueix una condició genèrica a una persona en comptes de focalitzar tot l'interès en les necessitats de corregir les dificultats, de superar les barreres i, en definitiva, de garantir la igualtat d'oportunitats i la igualtat de tracte de totes les persones.

1.2. El concepte de discapacitat

Sens dubte, la discapacitat és una circumstància present en una part apreciable de la població mundial i, alhora, es mostra com a causa de discriminació per a les persones que la tenen a l'hora de participar en la societat a la qual pertanyen. La persistència d'aquesta situació, particularment en l'àmbit de l'ocupació i en el del treball, fa que sigui necessari plantejar el paper que l'Estat i, per derivació, les administracions públiques han de tenir a l'hora de regular els drets d'aquestes persones i impedir, en la mesura del possible, que la discapacitat sigui, per si mateixa o en concurrència amb altres circumstàncies que generen discriminació, una constant en la presència de desigualtats en els àmbits assenyalats.

En la recent Resolució del Parlament Europeu, de 7 de juliol de 2016, sobre l'aplicació de la Convenció de les Nacions Unides sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, amb una atenció especial a les Observacions finals del Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat de les Nacions Unides —2015/2258 (INI)—, s'assenyala que a la Unió Europea hi ha uns vuitanta milions de persones amb discapacitat. A més, la prevalença de la discapacitat és més gran

en les dones, ja que de la xifra anterior elles són quaranta-sis milions, cosa que equival al 16% del total de dones que són ciutadanes de la Unió. Aquesta discriminació múltiple obliga les dones a enfrontar-se a obstacles importants a l'hora d'exercir els seus drets i llibertats fonamentals, com el dret d'accés a l'educació i l'ocupació, fet que pot portar a l'aïllament social i causar traumes psicològics. En definitiva, cal considerar un deure inexcusable de tot Estat social la lluita contra la discriminació i la creació de condicions d'igualtat en l'accés de totes les persones a l'ocupació i en el desenvolupament de les seves relacions de treball, ja sigui en l'àmbit de l'empresa privada o en el de l'ocupació pública.

No obstant això, abans d'afrontar l'anàlisi de la situació actual de la discapacitat en relació amb l'ocupació, de les mesures adoptades i de la valoració eventual dels resultats obtinguts, cal delimitar el mateix concepte de discapacitat, atès que, a diferència d'altres circumstàncies discriminatòries, no deriva immediatament d'una condició objectiva, sinó que requereix una configuració conceptual prèvia que permeti determinar de la manera més objectiva i raonable possible quan una persona ha de ser considerada afectada per una discapacitat rellevant des del punt de vista de l'atenció que el dret ha de donar en termes de protecció i lluita especial contra la discriminació.

Com hem vist, la discapacitat ha estat vinculada històricament a elements propis de la ciència mèdica. D'aquesta manera, hi ha hagut, i encara persisteix avui dia, una clara identificació entre la patologia i la discapacitat, de manera que l'abast de la discapacitat s'ha anat considerant a partir de la determinació objectiva de lesions o alteracions de la salut que puguin provocar una disminució de la capacitat d'una persona en termes generals, és a dir, a partir d'un estàndard de salut ideal. Davant d'aquesta concepció «mèdica» de la discapacitat, n'han anat apareixent altres de caràcter més social, en què el focus no es posa tant en les patologies que pugui presentar una persona, sinó més aviat en les limitacions que la persona té per desenvolupar una vida social normalitzada, ja sigui per circumstàncies relacionades amb la salut o amb altres aspectes que, sense evidenciar patologies o pèrdues anatòmiques o funcionals, resulten determinants a l'hora de ser objecte de discriminacions en aspectes bàsics de la vida social, com l'ocupació.

En el dret espanyol l'evolució des d'un model fins a un altre és apreciable, si bé la nostra normativa continua basant el concepte de discapacitat en aspectes molt relacionats amb el vell model mèdic. Sens dubte, el legislador es mostra cada vegada més sensible a l'evolució conceptual que la discapacitat ha presentat en altres països i en altres entorns normatius, molt especialment en normes de dret internacional i en el mateix dret de la Unió Europea, però sense atrevir-se a fer el pas molt decidit d'altres països cap a un concepte eminentment social de la discapacitat, com és el cas dels Estats Units. En aquest sentit, és especialment rellevant l'actuació de l'OMS, que va publicar el 1980 la Classificació Internacional de Deficiències, Discapacitats i Minusvalideses (CIDDM), i que estableix tres con-

ceptes bàsics a l'hora de determinar la presència d'una discapacitat rellevant des del punt de vista jurídic: *impairment* ('deteriorament'), *disability* ('discapacitat') i *handicap* ('handicap'). Aquests termes es refereixen a un concepte seqüencial de discapacitat, que partiria de l'alteració funcional que provoca una alteració orgànica (*impairment*), cosa que comporta una restricció o manca de capacitat per dur a terme determinades activitats (*disability*), que genera una barrera que dificulta o impossibilita el desenvolupament normal d'un individu en la vida social (*handicap*). És, sens dubte, aquest darrer aspecte el que és realment rellevant a l'hora de determinar els casos en què el dret ha d'actuar garantint la igualtat d'oportunitats. Posteriorment, la mateixa OMS va publicar, el 2001, la Classificació Internacional del Funcionament de la Discapacitat i de la Salut (CIF), que és una classificació de components de la salut que vol determinar la relació de causalitat entre la malaltia i les seves conseqüències. Aquest enfocament «biopsicosocial» serà un pas important cap a l'adopció d'un model social de discapacitat.

Aquesta evolució del concepte de discapacitat des de la simple determinació de les deficiències que presenta una persona com a conseqüència de malalties o accidents fins a la concepció de la discapacitat com el conjunt de circumstàncies, de diferent tipus, que provoquen situacions de discriminació, també s'aprecia, com hem assenyalat, en la normativa de les Nacions Unides i en el dret de la Unió Europea. En el primer cas, destaquen inicialment la Declaració dels Drets del Retard Mental (1971) i la Declaració dels Drets dels Impedits (1975), de les quals va resultar, sens dubte, la Resolució 61/106, de 13 de desembre de 2006, que va aprovar la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, la norma més rellevant en aquesta matèria. En aquesta convenció, en vigor des del dia 3 de maig de 2008, es defineixen les persones amb discapacitat com «aquelles que tinguin deficiències físiques, mentals, intel·lectuals o sensorials a llarg termini que, en interactuar amb diverses barreres, aquestes puguin impedir la seva participació plena i efectiva en la societat, en igualtat de condicions amb els altres». A més de les Nacions Unides, altres organitzacions internacionals han aprofundit en la lluita contra la discriminació per discapacitat; així, en el marc del Consell d'Europa, la Carta Social Europea proposa la promoció de l'accés a l'ocupació de les persones amb discapacitat, mentre que en l'Organització Internacional del Treball l'evolució terminològica i conceptual cap a un model social de discapacitat i el foment de la igualtat d'oportunitats i de la igualtat de tracte són també apreciables.

Per acabar aquest breu recorregut per la regulació de la discapacitat en diferents ordres supraestats, el dret de la Unió Europea també ha presentat una clara evolució que va del model mèdic al model social de discapacitat. Així, en la Resolució del Consell de 21 de gener de 1974, relativa a un programa d'acció social per assolir la plena ocupació i la millor ocupació a la Comunitat, es posava l'accent en la necessitat de la reintegració social dels «minusvàlids» i de la seva reorientació professional; seguirà una línia idèntica, entre altres, la Resolució del Consell

de 27 de juny de 1974, fins que la irrupció del model social començarà a ser visible a partir de la Resolució de 21 de desembre de 1981, que posa l'èmfasi en la necessitat que les persones amb discapacitat tinguin una vida al més independent possible i on apareixen per primera vegada referències a la conveniència que els sistemes formatius i educatius s'orientin en aquest sentit. A partir d'aquest moment, la presència d'un model social de discapacitat és cada vegada més apreciable en el dret de la Unió Europea, sostingut i ratificat per la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, tant en l'àmbit privat com en el públic. En aquest darrer àmbit és especialment rellevant la Sentència de 18 de desembre de 2014 (TJUE 2014, 367), que va resoldre l'assumpte C354/13, plantejat per un treballador públic que va ser acomiadat com a conseqüència de la seva obesitat; en aquest cas, el TJUE va entendre que el concepte de discapacitat també comprèn la dificultat per a l'exercici d'una activitat professional, tot i que l'origen no sigui patològic.

Podem concloure, per tant, abans d'analitzar el concepte de discapacitat en el dret espanyol, que en els àmbits supranacionals és clarament apreciable una evolució des d'un model mèdic de discapacitat, segons el qual aquesta circumstància es determina objectivament a partir de la constatació de lesions o deficiències orgàniques i planteja una resposta eminentment rehabilitadora com a mecanisme d'integració, cap a un model social, en el qual allò rellevant és el fet d'haver-hi barreres que limiten l'activitat social d'una persona. Aquestes barreres són conseqüència de circumstàncies relatives a aquesta persona que limiten la seva capacitat, ja sigui per qüestions de tipus mèdic o d'altra mena, que, en definitiva, situen l'individu en una situació de desavantatge en relació amb altres persones que no tenen aquestes limitacions. Per tant, la igualtat d'oportunitats és l'eix sobre el qual ha de girar el dret antidiscriminatori en relació amb la discapacitat, i no la mera rehabilitació o la reinserció de les persones que presenten patologies que limiten la seva capacitat. Dit d'una altra manera, l'entorn social és qui té l'obligació d'adaptar-se a les circumstàncies peculiars de totes les persones que formen la societat, i no són aquestes persones les que s'han d'esforçar per encaixar en estàndards d'actuació i desenvolupament prèviament establerts sobre un model ideal d'individu o, si més no, sobre un model «normal» de persona entès en termes de generalitat.

Pel que fa a la normativa espanyola, en l'actualitat inclou el concepte de discapacitat, com no podria ser d'una altra manera, en el vigent Text refós de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat i de la seva inclusió social, l'article 2.a) del qual determina que la discapacitat és «una situació que resulta de la interacció entre les persones amb deficiències previsiblement permanents i qualsevol tipus de barreres que limitin o impedeixin la seva participació plena i efectiva en la societat, en igualtat de condicions amb les altres». S'adverteix que el model social de discapacitat té una acollida evident en aquest precepte, de manera que se supera la presència dominant del model mèdic en les dues grans lleis que refon el TRLGDPD, de 29 de novembre: la LISMI i la LIONDAU. Així, doncs, mentre que la

LISMI atribuïa la condició de «minusvàlid» a tota persona les possibilitats d'integració educativa, laboral o social de la qual es trobessin disminuïdes com a conseqüència d'una deficiència, previsiblement permanent, de caràcter congènit o no, en les seves capacitats físiques, psíquiques o sensorials, la LIONDAU deia, en el seu article 1.2, que són persones amb discapacitat aquelles que presentin deficiències físiques, mentals, intel·lectuals o sensorials a llarg termini que, en interactuar amb diverses barreres, puguin impedir la seva participació plena i efectiva en la societat, en igualtat de condicions amb els altres. És evident el trànsit, entre una i altra norma, cap a un concepte social de discapacitat, que es ratificarà en el nou TRLGDPD.

La nova definició de discapacitat que conté el TRLGDPD presenta un matis rellevant respecte de la seva predecessora, la LIONDAU, ja que mentre que en aquesta llei es feia referència a les diverses barreres que «puguin impedir» la participació de les persones que presenten les deficiències en la vida social en condicions d'igualtat, en el nou text refós s'exigeix que s'ha de tractar de barreres que «limitin o impedeixin». És difícil precisar l'abast d'aquesta modificació, però el cert és que la nova norma refereix unes situacions de resultat i descarta les de simple possibilitat, a l'hora de determinar l'existència d'una discapacitat, fet que a la pràctica podria exigir una prova veraç de la limitació o l'impediment que les barreres provoquen en qui vol el reconeixement d'una discapacitat. No obstant això, la restricció no sembla lògica, ja que la possibilitat raonable que una barrera limiti o impedeixi la participació en condicions d'igualtat d'una persona en la vida social hauria de ser suficient perquè el dret posés la necessària atenció correctora de les discriminacions que es generarien a partir d'aquesta possibilitat.

Però, més enllà de la definició inclosa en l'article 2 del TRLGDPD, la norma afronta la difícil qüestió de determinar el seu camp d'aplicació en l'article 4.1, que reproduïx de manera pràcticament literal el concepte recollit en l'article 1.2 de la LIONDAU, en què s'estableix que són persones amb discapacitat aquelles que «presenten deficiències físiques, mentals, intel·lectuals o sensorials, previsiblement permanents que, en interactuar amb diverses barreres, puguin impedir la seva participació plena i efectiva en la societat, en igualtat de condicions amb els altres». L'únic canvi apreciable entre la LIONDAU i el TRLGDPD en aquest aspecte és el de l'expressió «a llarg termini» per la més genèrica «previsiblement permanents». La discordança entre la definició de discapacitat de l'article 1 del TRLGDPD i la delimitació del camp d'aplicació que conté el seu article 4.1 requereix una interpretació integradora i sistemàtica de la norma que permeti superar l'absència en aquest darrer precepte de les limitacions en la participació de les persones amb discapacitat en la societat en igualtat de condicions. S'esdevé el mateix amb l'omissió de l'exigència que l'impediment d'aquesta participació hagi de ser real, admetent simplement que resulti possible. A la pràctica, a l'hora de determinar si una persona presenta discapacitat i, consegüentment, si és subjec-

te dels drets recollits en el TRLGDPD, es presenten problemes derivats de l'aparent desconexió entre l'article 1 en definir la discapacitat i el 4.1 en establir l'àmbit d'aplicació de la norma. Podríem dir, simplificant la qüestió, que mentre que en el concepte de discapacitat de l'article 1 apareixen de manera molt evident les influències del model social, no es pot dir el mateix de l'article 4.1. Això podria provocar que, paradoxalment, una persona presentés una discapacitat en els termes de la definició de l'article 1, però que no entrés en l'àmbit d'aplicació del TRLGDPD pel fet de no correspondre's aquesta discapacitat amb el que estableix el seu article 4.1.

Però la qüestió es complica encara més en arribar al segon apartat d'aquest article 4, que és el que conté el concepte de discapacitat que a la pràctica és aplicable en la gran majoria dels casos. Aquest article 4.2 diu que, a més del que estableix l'apartat anterior, i a tots els efectes, tindran la consideració de persones amb discapacitat «aquelles a les quals s'hagi reconegut un grau de discapacitat igual o superior al 33%», i s'hi afegeix que es considerarà que presenten una discapacitat en grau igual o superior al 33% els pensionistes de la Seguretat Social que tinguin reconeguda una pensió d'incapacitat permanent en el grau de total, absoluta o gran invalidesa —aquests graus d'incapacitat es regulen en els articles 193 a 200 del TRLGSS—, i els pensionistes de classes passives que tinguin reconeguda una pensió de jubilació o de retir per incapacitat permanent per al servei o inutilitat que regula el TRLCPE.⁶ Així, doncs, podem concloure que es reconeixerà la condició legal de persones amb discapacitat, en tot cas, a aquelles que tinguin reconegut un determinat grau de discapacitat, que en aquest cas s'estableix en el 33%, de manera directa o bé per mitjà de l'assimilació amb el reconeixement de pensions d'incapacitat o inutilitat. D'altra banda, aquesta condició també podria ser reconeguda quan es donessin les circumstàncies del primer apartat de l'article 4, és a dir, quan les deficiències previsiblement permanents que es determinin objectivament, en interactuar amb diverses barreres, puguin impedir la seva participació plena i efectiva en la societat, en igualtat de condicions amb els altres; amb tot, en aquest cas no s'estableix cap grau a partir del qual el reconeixement s'hagi de produir.

Així, doncs, a la pràctica el concepte genèric de discapacitat no servirà per determinar si hi ha discapacitat o no n'hi ha en les situacions concretes que es plantegin als òrgans qualificadors. Cal plantejar si la locució *a més* que apareix en l'article 4.2 pot obrir una porta a la possibilitat que es reconegui la condició de persona amb discapacitat a algú que tingui graus inferiors al 33%, quan hi hagi els impediments de participació plena i efectiva que preveu l'article 4.1. No obstant això, a la pràctica aquesta possibilitat sembla extremament complexa, atès que re-

6. El precepte conté una previsió oberta, ja que estableix que les normes que regulen els beneficis o mesures d'acció positiva podran determinar els requisits específics per accedir-hi, en cada cas.

quereix criteris de valoració que no s'han concretat en la norma i que, per tant, són susceptibles d'associar-se amb una certa discrecionalitat. Convé destacar, d'altra banda, la conveniència de reforçar en la norma la presència de les valoracions psicològiques i sociològiques en els processos de valoració de la discapacitat.

En definitiva, sembla evident que el TRLGDPD ha establert d'una manera més precisa o, millor dit, més uniforme, el concepte legal de discapacitat que anteriorment «es disputaven» la LISMI i la LIONDAU. Però no és menys cert que la nova normativa ha generat noves disfuncions, especialment en introduir matisos en la definició de discapacitat que no eren a la LIONDAU, i també en presentar contradiccions internes en la definició de l'àmbit d'aplicació del mateix text refós. Tot i la marcada tendència, present tant en la normativa internacional com en la normativa interna, a afavorir les persones amb discapacitat amb mesures d'acció positiva que facilitin la seva integració social i laboral; malgrat el rebuig evident de la discriminació i l'impuls de mecanismes que persegueixen la igualtat d'oportunitats i de tracte i el disseny de polítiques d'ocupació que reflecteixin realment la igualtat de totes les persones; tot i l'apreciable evolució que s'ha esdevingut en el nostre ordenament jurídic des d'un concepte terapèutic o mèdic de la discapacitat, centrat en la recuperació i la rehabilitació de l'individu perquè pugui recuperar capacitats que el facin apte per a la vida normalitzada en societat, fins a un concepte social en què es posa l'èmfasi en la necessitat de l'esforç solidari per convertir un entorn social hostil en un altre d'accessible i que permeti la inclusió de tothom en els processos ordinaris de la vida social; malgrat, en definitiva, l'inequívoc camí cap a l'eradicació de la discriminació, continua persistint la dificultat per determinar amb precisió el col·lectiu a què van dirigides aquestes mesures.

Per acabar aquest apartat, i insistir si cal en els problemes que presenta la concreció de la discapacitat, s'ha de destacar l'absència de referències a les tipologies de discapacitat en la nostra normativa, unes mancances que són apreciables tant en la normativa anterior —LISMI i LIONDAU— com en el vigent TRLGDPD. Convindria, potser, establir les bases del concepte de discapacitat severa o, en termes d'ocupació, la determinació de les circumstàncies o situacions que provoquen dificultats especials per accedir al mercat de treball en general i a l'ocupació estable en particular. D'aquesta manera, i sobre el pressupòsit genèric del grau mínim de discapacitat i els supòsits d'assimilació amb el reconeixement de pensions d'incapacitat permanent de la Seguretat Social, el TRLGDPD hauria de determinar els aspectes bàsics que condicionarien el reconeixement d'aquestes peculiaritats negatives que algunes discapacitats presenten, de manera que la normativa de desenvolupament pogués disposar de pautes estables i homogènies a l'hora de diferenciar positivament dins de la discapacitat i de promoure polítiques sensibles a aquestes circumstàncies peculiars. En aquest cas, sembla que dos paràmetres bàsics, que perfectament podrien venir establerts al TRLGDPD, per determinar l'existència d'aquestes discapacitats especialment rellevants a aquests efectes seri-

en un grau mínim de discapacitat més elevat i unes tipologies específiques, almenys en una enumeració no exhaustiva, però homogeneïtzadora.

En definitiva, la discapacitat és una circumstància que pot generar, i de fet així succeeix molt sovint, discriminacions. No és l'única, però sí que sembla que és la que més difícilment es determina. A diferència d'altres circumstàncies discriminatòries, com l'edat, el sexe o la nacionalitat, en el cas de la discapacitat es requereix una valoració prèvia d'aspectes no sempre fàcils de determinar; els aspectes mèdics són recurrents a l'hora de fer aquestes valoracions, però es revelen insuficients per incloure tots els supòsits en què una persona pot trobar-se davant de barreres que dificulten o impedeixen el seu normal desenvolupament social en condicions d'igualtat. Per tant, un primer problema que s'ha de resoldre —i és evident que la normativa actual no ho ha aconseguit— és l'aclariment de què entenem per discapacitat, en quines circumstàncies es presenta, com es determina i qui en resulta afectat. Però un cop resolt aquesta primera qüestió, cosa que no serà especialment senzill, encara en quedarà una altra no menys important: la de relacionar la discapacitat amb les necessitats d'acció positiva per pal·liar o minorar les conseqüències negatives que es puguin presentar. Dit d'una altra manera, no n'hi ha prou de concloure que una persona presenta una discapacitat a partir d'una valoració de la seva situació i de les seves circumstàncies, sinó que és necessari precisar en quina mesura i amb quina intensitat es presenten barreres que dificulten el seu desenvolupament normal en la societat, a fi de determinar, un cop feta aquesta segona i transcendental valoració, quines mesures d'acció positiva s'han d'aplicar en cada cas per prevenir o reparar les discriminacions i garantir la igualtat d'oportunitats a totes les persones.

1.3. El reconeixement del grau de discapacitat

En l'actualitat, el procediment per al reconeixement, la declaració i la qualificació del grau de discapacitat es troba regulat en el Reial decret 1971/1999, de 23 de desembre. Es tracta d'una norma publicada durant la vigència de la LISMI i abans de l'entrada en vigor de la LIONDAU i, per descomptat, del vigent TRLGDPD, però ha passat per nombroses reformes que han configurat una norma que, en l'actualitat, continua excessivament arrelada en el vell model mèdic de discapacitat i que reflecteix ben poc el nou concepte, de caràcter més social, que introdueix l'article 1 del TRLGDPD que hem vist en l'apartat anterior.

Cal recordar que la LISMI contenia una omisió notable, ja que no establia un percentatge mínim per al grau de discapacitat als efectes de determinar el camp d'aplicació subjectiu de la norma. L'article 7.2 de la LISMI es limitava a assenyalar que el reconeixement del dret a l'aplicació dels beneficis que preveu la mateixa llei l'havia efectuar de manera personalitzada l'òrgan de l'Administració que es deter-

minés reglamentàriament, després d'un informe dels corresponents equips multi-professionals qualificadors. El Reial decret 1971/1999 va desenvolupar reglamentàriament la LISMI i va introduir amb caràcter general el percentatge mínim del 33%, a partir del qual és aplicable la normativa reguladora dels drets de les persones amb discapacitat. Com sabem, aquest percentatge es manté actualment, si bé ara dins d'una norma amb rang de llei, com és el TRLGDPD: el seu article 4.2 estableix que tindran la consideració de persones amb discapacitat aquelles a les quals s'hagi reconegut un grau de discapacitat igual o superior al 33%. Recordem, però, que en l'apartat 1 d'aquest mateix article 4 es diu que són persones amb discapacitat les que presenten deficiències físiques, mentals, intel·lectuals o sensorials, previsiblement permanents, que, en interactuar amb diverses barreres, puguin impedir la seva participació plena i efectiva en la societat, en igualtat de condicions amb els altres. La dicotomia entre la pretensió de la norma i la realitat està servida, ja que a la pràctica prevaldrà la via de l'apartat segon, que guia el Reial decret 1971/1999, de base mèdico-rehabilitadora.

El Reial decret 1971/1999 és una norma de barems. De fet, en conté fins a tres: un primer barem amb les normes per a l'avaluació de les conseqüències de la malaltia, d'acord amb el model que proposa la Classificació Internacional de Deficiències, Discapacitats i Minusvalideses de l'OMS; un segon barem per determinar la necessitat d'assistència d'una altra persona, i un tercer barem per determinar l'existència de dificultats per usar transports col·lectius. S'aprecia perfectament que l'estructura d'aquest reial decret respon clarament a un model mèdic de discapacitat, atès que el reconeixement de la discapacitat es basa específicament en la determinació de la presència de deficiències físiques, psíquiques o sensorials i no en les barreres que aquestes circumstàncies poden generar i en la intensitat amb què es presenta la necessitat d'actuar per pal·liar les dificultats que aquestes barreres representen per a aquestes persones. D'altra banda, la presència dels tres barems respon clarament a l'estructura de la LISMI, que establia tres tipus d'ajuts econòmics: l'anomenat *subsidis de garantia d'ingressos mínims*, el subsidi d'ajuda de tercera persona i el subsidi de mobilitat i compensació per despeses de transport. Aquests subsidis ja no es reconeixen en l'actualitat, ja que des de l'entrada en vigor de la Llei 26/1990, de 20 de desembre, aquest tipus de protecció s'ha anat derivant cap a les pensions no contributives, però es continuen abonant a les persones que ja els tenien reconeguts i que no han accedit a la nova protecció no contributiva. Els imports mensuals d'aquests tres subsidis són, l'any 2016, els següents: 149,86 euros, el de garantia d'ingressos mínims; 58,45 euros, el d'ajuda de tercera persona, i 63,30 euros, el de mobilitat i compensació per despeses de transport.

Així, doncs, la qualificació del grau de discapacitat, que respon als criteris tècnics fixats mitjançant els barems descrits a l'annex I del Reial decret 1971/1999, serà el resultat de la valoració tant de les discapacitats que presenti la persona

com, si escau, dels factors socials complementaris relatius, entre altres, al seu entorn familiar i la situació laboral, educativa i cultural, que en dificultin la integració social. Per tant, davant de la precisió de les qüestions mèdiques en la determinació del percentatge de discapacitat, atès que s'aplica un barem concret per a això, els anomenats *factors socials complementaris* queden indefinits⁷ i, a la pràctica, tenen molt poc pes a l'hora de determinar el grau de discapacitat, fins al punt que la mateixa norma els limita.⁸ Allò normal serà que en el percentatge final de discapacitat tingui una presència molt notable el barem i una altra presència més escassa la valoració de factors socials. No és negligible el nombre de casos en què aquests factors socials complementaris serveixen per «arrodonir» el percentatge de discapacitat fins a deixar-ho, un cop sumat al que reflecteix el barem, en el 33%. D'altra banda, la qualificació del grau de discapacitat que duguin a terme els òrgans tècnics competents regulats en l'article 8 del Reial decret 1971/1999 serà independent de les valoracions tècniques efectuades per altres organismes en l'exercici de les seves competències públiques.

En relació amb el barem de necessitat d'assistència d'una altra persona, es requereix que s'obtingui, almenys, un resultat de quinze punts. Per al reconeixement de la necessitat d'ajuda a la mobilitat per usar transports col·lectius s'haurà d'obtenir, aplicant-hi el tercer barem, un resultat mínim de set punts.

Els aspectes competencials són especialment rellevants en aquesta matèria, ja que l'article 6 del Reial decret 1971/1999 declara competents per exercir les funcions que hem descrit anteriorment els òrgans corresponents de les comunitats autònomes a les quals s'hagin transferit les funcions en matèria de qualificació del grau de discapacitat. Per determinar aquesta competència, s'atindrà al domicili de l'interessat i, si aquest residís a l'estranger, l'últim que hagués tingut a Espanya. Per exemple, en el cas de Catalunya, aquesta competència recau sobre el Departament de Treball, Afers Socials i Famílies de la Generalitat de Catalunya, i més concretament a la Direcció General de Protecció Social.

La sol·licitud s'haurà de presentar davant de l'òrgan competent, presencialment o bé mitjançant la corresponent seu electrònica, i s'haurà d'acompanyar de la documentació exigida.⁹ Una vegada feta l'avaluació corresponent, l'equip de valoració i orientació, del qual formaran part com a mínim un metge, un psicòleg i un treba-

7. L'article 5 del Reial decret 1999/1971 es limita a assenyalar l'entorn familiar, la situació laboral i professional, els nivells educatius i culturals, i també «altres situacions de l'entorn habitual de la persona amb discapacitat».

8. El percentatge obtingut en la valoració de la discapacitat es podrà modificar, si escau, amb l'addició de la puntuació obtinguda en el barem de factors socials complementaris sense que aquesta pugui sobrepassar els quinze punts. A més, el percentatge mínim de valoració de la discapacitat sobre el qual es podrà aplicar el barem de factors socials complementaris no podrà ser inferior al 25%. Així, doncs, la norma no preveu la possibilitat que algú pugui trobar-se amb barreres significatives que dificultin apreciablement el seu normal desenvolupament i participació en la societat si no té deficiències físiques, psíquiques o sensorials que, d'acord amb el barem, assolixin el grau del 25%. El model social de discapacitat no ha tingut una gran acollida, com veiem, en la nostra normativa.

9. Document d'identitat del sol·licitant i, si escau, del seu representant; llibre de família; informes mèdics, psicològics, psiquiàtrics o socials; resolució de discapacitat emesa per una altra comunitat autònoma, si escau. Si es tracta d'un pensionista d'incapacitat permanent, la documentació s'acompanyarà de la corresponent resolució administrativa o judicial.

llador social, emetrà un dictamen tècnic-facultatiu per al reconeixement del grau de discapacitat o, si escau, per fer-ne la revisió. En aquest informe es farà constar, a més del grau de discapacitat, el termini a partir del qual es podrà instar la revisió d'aquest grau per agreujament o millora, que es donarà sempre que, almenys, hagi transcorregut un termini mínim de dos anys des de la data en què es va dictar la resolució, excepte en els casos en què s'acrediti de manera suficient un error de diagnòstic o s'hagin produït canvis substancials en les circumstàncies que van donar lloc al reconeixement de grau, atès que aleshores no caldrà exhaurir el termini mínim. Un cop elaborat l'informe corresponent, l'òrgan competent ha de dictar resolució expressa sobre el reconeixement de grau, i també sobre la puntuació obtinguda en els barems per determinar la necessitat del concurs d'una altra persona o dificultats de mobilitat, si escau. El reconeixement de grau de discapacitat s'entendrà que ha tingut lloc des de la data de la sol·licitud i l'interessat podrà recórrer contra la resolució davant de l'ordre jurisdiccional social, després d'interposar la reclamació que regula la Llei 36/2011, de 10 d'octubre, reguladora de la jurisdicció social.

En el cas de Catalunya, l'Ordre autonòmica BSF/43/2012, de 27 de febrer, ha regulat l'anomenada *targeta acreditativa de la discapacitat*, que s'expedirà d'ofici a totes aquelles persones a qui s'hagi reconegut una discapacitat en grau igual o superior al 33% a partir de l'entrada en vigor de la mateixa ordre. Els qui ja tinguin reconegut el grau de discapacitat amb anterioritat, si volen tenir la nova targeta, l'hauran de sol·licitar expressament. La targeta és un document personal i intransferible del seu titular, que substitueix la resolució del grau de discapacitat, i s'ha de presentar, quan convingui, acompanyada del document nacional d'identitat. En cas que hi hagués una resolució administrativa o judicial ferma que modifiqués el grau de discapacitat, s'expediria d'ofici una nova targeta i es cancel·laria l'anterior. La vigència de la targeta pot ser permanent o temporal, depenent del caràcter definitiu o provisional de la valoració del grau de discapacitat.

Cal recordar, d'altra banda, que hi ha casos en què no cal emprar aquest procediment de valoració i reconeixement del grau de discapacitat. L'article 4.2 del TRLGDPD estableix que es considerarà que presenten una discapacitat en grau igual o superior al 33% els pensionistes de la Seguretat Social que tinguin reconeguda una pensió d'incapacitat permanent en el grau de total, absoluta o gran invalidesa, i els pensionistes de classes passives que tinguin reconeguda una pensió de jubilació o de retir per incapacitat permanent per al servei o inutilitat. Per tant, amb caràcter general i llevat que una norma concreta disposi una altra cosa, les persones que tinguin reconeguda, administrativament o judicialment, alguna de les pensions descrites anteriorment, s'han de considerar persones amb discapacitat sense necessitat d'acreditar-ho d'una altra manera.

Per acabar aquest apartat, convé assenyalar que el percentatge de discapacitat és, d'acord amb el que disposa l'article 5.1.g) del Reial decret 1720/2007, de 21

de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de desenvolupament de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal, una dada de caràcter personal relacionada amb la salut. Per tant, aquesta dada ha de tenir la protecció que atorga la llei orgànica esmentada a l'àmbit de la salut. En el seu article 7.3 es considera una dada «especialment protegida», fet que comporta que, sense perjudici del que es disposa en l'article 11 respecte de la cessió, les institucions i els centres sanitaris públics i privats, i també els professionals corresponents, podran procedir al tractament de les dades de caràcter personal relatives a la salut de les persones que vagin a aquests centres o hi hagin de ser tractades, d'acord amb el que disposa la legislació estatal o autonòmica sobre sanitat. Fora d'aquest estricte àmbit, només es podrà tractar aquesta dada amb el consentiment exprés del seu titular, i ha de ser protegida amb el nivell màxim previst en la Llei orgànica 15/1999.

1.4. La igualtat d'oportunitats i la lluita contra la discriminació

La Constitució espanyola del 1978 va reconèixer la igualtat com un dels valors superiors del nostre ordenament jurídic,¹⁰ en citar-la expressament en l'article 1.1, juntament amb la llibertat, la justícia i el pluralisme polític, fins al punt que, en termes de justícia social, podem asseverar que la igualtat i la llibertat són valors condicionants de l'existència d'una societat plural i justa i, per tant, mereixedors del màxim reconeixement constitucional. Però, a més de la configuració de la igualtat com a valor superior, el legislador constitucional la configura com a dret subjectiu en l'article 14 i la vincula per primera vegada en el text legal a la prohibició de la discriminació, de manera que aquest principi d'igualtat formal, constituït per la igualtat davant la llei i la igualtat en la llei,¹¹ garanteix a tots els espanyols l'absència de discriminació per qualsevol condició o circumstància personal o social. L'article 14 de la CE esmenta expressament, entre aquestes circumstàncies o condicions personals o socials, el naixement, la raça, el sexe, la religió i l'opinió, de manera que la discapacitat s'ha d'entendre inclosa entre aquestes «altres» circumstàncies o condicions mereixedores de garantia constitucional d'igualtat.

D'altra banda, l'article 9.2 de la CE introdueix l'anomenat *principi d'igualtat material*, per oposició i com a complement al d'igualtat formal inclòs en l'article 14, que consisteix en un mandat als poders públics per a la promoció de condicions

10. STC 8/1983, de 18 de febrer (RTC 1983, 8): «Tota situació de desigualtat persistent en l'entrada en vigor de la norma constitucional esdevé incompatible amb l'ordre de valors».

11. STC 144/1988, de 8 de juny (RTC 1988, 144). El Tribunal expressa clarament els dos plans que presenta el principi d'igualtat formal inclòs en l'article 14 CE: igualtat en la llei («davant del legislador o davant del poder reglamentari, impedit que un o altre puguin configurar els supòsits de fet de la norma de manera que es doni un tracte diferent a les persones») i igualtat davant de la llei («obliga que [la llei] sigui aplicada de manera igual a tots aquells que es troben en la mateixa situació, sense que l'aplicador pugui establir cap diferència per raó de les persones o de circumstàncies que no siguin precisament les presents en la norma»).

a fi que la llibertat i la igualtat d'individus i grups siguin reals i efectives, amb la qual cosa es constitueix un principi general d'igualtat que es duu a terme mitjançant la igualtat d'oportunitats. En aquest sentit, el vigent text constitucional espanyol representa un plantejament progressista i evolucionat respecte del liberal de la igualtat des d'un punt de vista només formal, de manera que la invocació de la igualtat des dels punts de vista formal i material resulta, com tindrem ocasió de comprovar, clau a l'hora de dissenyar polítiques que permetin corregir efectivament les desigualtats i introduir mesures correctores que ajudin a combatre la discriminació sobre la base del reconeixement de la igualtat com un dret subjectiu. Partint d'aquesta base, la intervenció del Tribunal Constitucional ha estat determinant a l'hora de perfilar l'abast i el contingut d'aquest principi constitucional, que, alhora, és un valor superior i un dret subjectiu, del qual destaca, entre moltes altres, la STC 49/1982, de 14 de juliol (RTC 1982, 49).

Tanmateix, aquest principi d'igualtat es fonamenta en el de proporcionalitat, que afecta aquest judici fins al punt de condicionar la determinació de la constitucionalitat o no d'una norma. És especialment rellevant l'anomenat *judici de proporcionalitat en sentit estricte*, basat, en definitiva, en un altre dels valors superiors de l'ordenament jurídic, que és la justícia, de manera que la comparació s'ha de produir entre el benefici perseguit i els costos necessaris per aconseguir la fi de la igualtat efectiva, fet que constitueix un judici de ponderació que, prescindint de la comparació entre alternatives, es limita a relacionar la mesura proposada amb la finalitat perseguida. Si bé és cert que no hi ha paràmetres constitucionals que permetin, *a priori*, establir les bases del principi de proporcionalitat, no ho és menys que, en termes de ponderació, el coneixement dels efectes produïts per una mesura determinada aproparan qui en vulgui valorar la proporcionalitat a un judici més ponderat i, en definitiva, més just. Per tant, podem afirmar que quan ens plantejem el principi d'igualtat, en tot cas hem de ponderar la proporcionalitat de les mesures que pretenen garantir-lo, de manera que no el desvirtuïn fins a desequilibrar-ne el resultat, la qual cosa seria una correcció desproporcionada. Davant d'una discriminació convé una acció positiva que la corregeixi, però aquesta mesura ha de ser proporcionada per evitar que provoqui una altra discriminació, normalment en el sentit oposat al que es pretenia corregir. Per mitjà de la jurisprudència del TC, podríem dir que al costat de la «igualtat passiva o contemplativa» que ve del principi formal d'igualtat de tracte inclòs en l'article 14 de la CE, concretada en les mesures antidiscriminatòries, l'article 9.2 comporta una exigència d'efectivitat i realitat que solament es pot trobar en la «igualtat activa», concretada fonamentalment en les mesures d'acció positiva.

Doncs bé, com que la discapacitat és una circumstància que genera molt sovint discriminació i que afecta negativament la igualtat d'oportunitats, sorprèn que l'article 14 de la CE no esmenti expressament aquest tret com un dels supòsits protegits per la prohibició de discriminació. No obstant això, s'ha d'entendre com-

près en la clàusula oberta que el precepte estableix *in fine* en referir-se a «qualsevol altra condició o circumstància personal o social». L'absència de referència expressa en el precepte esmentat a la discapacitat podria condicionar la intensitat del judici constitucional d'igualtat quan aquest sigui el tret que pot determinar un supòsit de discriminació prohibida, però el cert és que la clàusula oberta del mateix article 14 de la CE no sembla que vagi en aquest sentit, cosa que ha confirmat el Tribunal Constitucional en admetre que el cas de les persones amb discapacitat pot ser assimilat als expressament recollits en el precepte constitucional,¹² de manera que les persones amb discapacitat constitueixen un col·lectiu la protecció del qual enfront de la discriminació ha de comportar l'aplicació de l'anomenat *judici estricte* d'igualtat i, en conseqüència, una posició especialment intensa a l'hora de sospitar sobre la veritable naturalesa d'una norma i la finalitat que pugui perseguir, sense establir *a priori* cap presumpció a favor de la constitucionalitat de la mateixa norma.

Al contingut de la Constitució que es refereix al principi d'igualtat cal afegir ara el relatiu a la discapacitat, i molt concretament el seu article 49,¹³ que encomana als poders públics que dugui a terme «una política de previsió, tractament, rehabilitació i integració dels *disminuïts* físics, sensorials i psíquics, als quals prestaran l'atenció especialitzada que requereixin i els empararan especialment per al gaudi dels drets que aquest títol atorga a tots els ciutadans». La cobertura constitucional de la lluita contra la discriminació de les persones amb discapacitat no pot quedar circumscrita a l'article 49 de la CE, que no reconeix als ciutadans amb discapacitat drets exigibles davant dels poders públics, sinó que s'amplia i es potencia prenent com a base els articles 14, 9.2 i 10 de la mateixa Constitució, i el Tribunal Constitucional arriba a assenyalar que l'article 49 no és altra cosa que la plasmació del mandat d'igualtat material inclòs en l'article 9.2 de la CE respecte de les persones amb discapacitat.¹⁴ En aquest sentit, podem considerar que és aquest article 9.2, i no el 49, el veritable fonament constitucional de totes les polítiques d'igualtat i del mateix dret de la discapacitat, enllaçant-hi el principi d'igualtat d'oportunitats, en el marc del sistema constitucional de drets fonamentals.

A partir d'aquest disseny constitucional de la defensa de la igualtat de tracte i la igualtat d'oportunitats de les persones amb discapacitat, que hem d'entendre

12. STC 269/1994, de 3 d'octubre (RTC 1994, 269), entre altres.

13. Cal tenir en compte que, atès que aquest article no és dins de la secció I del capítol II del títol I de la CE, sinó dins dels principis rectors de la política social i econòmica —capítol III— requereix, d'acord amb el que estableix l'article 53.3, una llei de desenvolupament perquè el seu contingut pugui ser invocat davant dels tribunals de justícia.

14. STC 269/1994, de 3 d'octubre de 1994 (RTC 1994, 269). En aquesta sentència, que valora l'abast constitucional de les mesures de reserva en l'ocupació pública per a les persones amb discapacitat, es fa referència a «l'estreta connexió d'aquestes mesures amb el mandat contingut en l'art. 9. 2 CE, i, específicament, amb la seva plasmació en l'art. 49 CE», per concloure que «la legitimitat constitucional de mesures d'aquesta naturalesa equiparadora de situacions socials de desavantatge només pot ser valorada en el mateix sentit global, d'acord amb les dimensions del fenomen que s'intenta pal·liar, en què s'han adoptat, adequant-se al seu sentit i finalitat».

globalment integrat per l'acció combinada dels preceptes constitucionals esmentats anteriorment, els primers desenvolupaments normatius després de la publicació de la CE en aquesta matèria d'alguna manera han consagrat els fonaments del vell model mèdic de discapacitat, que, d'altra banda, va ser l'innegable inspirador del mateix article 49 de la CE. Així, doncs, és molt apreciable en les primeres normes postconstitucionals, i molt especialment a la LISMI, l'absència de referències expressives a la igualtat d'oportunitats de les persones amb discapacitat, tant en l'àmbit de l'ocupació com en altres aspectes de la vida social. La LIONDAU pal·liarà aquests dèficits, ja que en el seu propi títol inclou l'expressió *igualtat d'oportunitats*, i el vigent TRLGDPD consagrarà aquest model en refundre aquests dos grans textos normatius reguladors dels drets de les persones amb discapacitat.

En efecte, les referències a la igualtat d'oportunitats en el TRLGDPD són nombroses. De fet, en les primeres línies de la norma ja es reflecteix d'una manera evident el protagonisme que aquest principi tindrà en la llei, en assenyalar a l'article 1 l'objectiu de «garantir el dret a la igualtat d'oportunitats i de tracte, i també l'exercici real i efectiu de drets per part de les persones amb discapacitat en igualtat de condicions respecte de la resta de ciutadans i ciutadanes, per mitjà de la promoció de l'autonomia personal, de l'accessibilitat universal, de l'accés a l'ocupació, de la inclusió en la comunitat i la vida independent i de l'eradicació de tota forma de discriminació». És, a més, un dels principis de la mateixa llei, recollits en el seu article 3.

El TRLGDPD defineix la igualtat d'oportunitats com l'absència de tota discriminació, directa o indirecta, amb motiu de o per raó de discapacitat, incloent-hi qualsevol distinció, exclusió o restricció que tingui el propòsit o l'efecte d'obstaculitzar o deixar sense efecte el reconeixement, el gaudi o l'exercici, en igualtat de condicions per a les persones amb discapacitat, de tots els drets humans i les llibertats fonamentals en els àmbits polític, econòmic, social, laboral, cultural, civil o d'altra mena. Expressament es diu en l'article 2 de la norma que també s'entén per igualtat d'oportunitats l'adopció de mesures d'acció positiva. Es tracta, sens dubte, d'un concepte d'igualtat d'oportunitats molt proper al que s'utilitza en les normatives internacional i europea en els temps actuals.

Al llarg de tot el text de la llei són contínues les referències a aquest principi d'igualtat d'oportunitats, i en l'àmbit concret del treball de les persones amb discapacitat, al qual el TRLGDPD dedica el capítol VI del seu títol primer, es comença assenyalant, en l'article 35.1, que les persones amb discapacitat tenen dret al treball, en condicions que garanteixin l'aplicació dels principis d'igualtat de tracte i no-discriminació. Curiosament, aquest capítol VI inclou un concepte d'igualtat de tracte que no hi era en el catàleg de definicions de l'article 2, en el qual sí que hi havia la d'igualtat d'oportunitats; es diu, en l'article 36, que s'entén per igualtat de tracte l'absència de tota discriminació directa o indirecta amb motiu de o per raó de discapacitat, en l'ocupació, en la formació i la promoció professionals i en les

condicions de treball. Sembla, doncs, que la igualtat de tracte és una concreció específica del principi d'igualtat d'oportunitats en els àmbits relacionats amb l'ocupació, ja que també es diu en l'article 40.1 que, per garantir la plena igualtat en el treball, el principi d'igualtat de tracte no impedirà que es mantinguin o s'adoptin mesures específiques destinades a prevenir o compensar els desavantatges ocasionats amb motiu de o per raó de discapacitat. En realitat, més aviat sembla que el legislador identifica els dos principis en relació amb el treball de les persones amb discapacitat, atès que en l'article 35.2 es diu que la garantia i l'efectivitat dels drets «a la igualtat de tracte i d'oportunitats» de les persones amb discapacitat es regirà pel que estableix el capítol VI del títol primer del TRLGDPD i en la seva normativa específica en l'accés a l'ocupació, i l'article 63.3 determina que les garanties del dret a la igualtat d'oportunitats de les persones amb discapacitat que preveu el títol II del mateix text refós tindran caràcter supletori respecte al que disposa la legislació laboral.

Cal tenir en compte que, precisament en la normativa laboral, es fa referència al principi d'igualtat de tracte. Això és el que s'esdevé amb l'article 17.1 del TRLET, en relació amb la no-discriminació en les relacions laborals. No obstant això, en l'article 64.3, sobre drets d'informació dels representants legals dels treballadors, es diu que aquests rebran informació, almenys anualment, relativa a l'aplicació a l'empresa del «dret d'igualtat de tracte i d'oportunitats» entre dones i homes. L'article 85.1 del mateix TRLET, en la mateixa línia, estableix que en la negociació col·lectiva hi haurà, en tot cas, el deure de negociar mesures dirigides a promoure «la igualtat de tracte i d'oportunitats» entre dones i homes en l'àmbit laboral. Per bé que, en relació amb aquesta qüestió, no hi ha cap referència al TRLET al principi d'igualtat d'oportunitats aïlladament, sí que s'invoca en regular el dret dels treballadors amb contractes de durada determinada a accedir a llocs de treball permanents (article 15.7).

Les referències al principi d'igualtat d'oportunitats són molt més abundants al títol II del TRLGDPD, precisament dedicat a la igualtat d'oportunitats i la no-discriminació. Concretament, en l'article 63 es diu que s'entendrà que es vulnera el dret a la igualtat d'oportunitats quan, amb motiu de o per raó de discapacitat, es produeixin discriminacions directes o indirectes, discriminació per associació, assetjaments, incompliments de les exigències d'accessibilitat i de realització d'ajustos raonables, i també l'incompliment de les mesures d'acció positiva legalment establertes. Així, doncs, excepte en aquest darrer cas, es fa servir una fórmula de concreció del principi per l'absència de manifestacions contràries a aquest principi. En conseqüència, s'obliga els poders públics a garantir la igualtat d'oportunitats mitjançant la lluita contra la discriminació i l'adopció de mesures d'acció positiva.

2. L'Administració pública i l'ocupació de les persones amb discapacitat

2.1. Ocupació pública i discapacitat: principis bàsics i tipus d'empleats públics

Ja hem vist com la Constitució espanyola posa les bases per a la configuració d'una societat sensible a la igualtat d'oportunitats de totes les persones, sobre la premissa de l'eradicació de la discriminació. L'ocupació pública no és aliena a aquesta formulació, i la Carta Magna la configura com un àmbit específic que ha de fer possible la consecució de les finalitats que s'atribueixen a la mateixa Administració pública, que no són altres que les de servir amb objectivitat els interessos generals i actuar d'acord amb els principis d'eficàcia, jerarquia, descentralització, desconcentració i coordinació, amb submissió plena a la llei i al dret, recollits en l'article 103.1 de la CE. Per tant, la inclusió de persones amb discapacitat en el marc de l'ocupació pública s'ha de fer amb un respecte escrupolós al principi d'igualtat, tant formal com material, però també de manera que permeti aquest servei dels interessos generals i la plasmació dels principis assenyalats abans, cosa que no sempre serà senzilla, com tindrem ocasió de comprovar.

La funció de l'Administració no és altra que la d'afavorir la justícia social en un sentit ampli, element inspirador de tot el text constitucional que s'aprecia en molts dels seus articles i que proclama en el seu preàmbul en garantir una qualitat de vida digna per a tots els ciutadans, especialment per a aquells les circumstàncies dels quals poden afavorir la presència de discriminacions i, en conseqüència, una minva en les seves oportunitats de desenvolupament social. Però convé assenyalar que del text constitucional també es desprèn que Govern i Administració no són la mateixa cosa, sinó que el primer dirigeix la segona, tal com assenyala l'article 97 de la CE. A més, aquesta direcció s'ha de produir en els diferents àmbits administratius, derivats de la configuració territorial de l'Estat que estableix el títol VIII de la mateixa CE. Conseqüentment, i d'acord amb el que disposen els articles 140, 141 i 152.1, els diferents Estatuts d'autonomia i les normes reguladores de les corporacions locals han d'establir els mecanismes de govern que, en cada cas, per-

metin aquesta direcció de les diferents administracions públiques en els seus respectius àmbits (general de l'Estat, autonòmic i local).

Si insistim en el contingut de l'article 103 de la CE s'aprecia, després de fixar el fi últim de l'Administració pública, la immediata vinculació d'aquesta al principi de legalitat i, en definitiva, el seu entroncament amb els elements bàsics d'un Estat de dret. Per això, en l'apartat 3 de l'article 103 s'exigeix que siguin regulats per llei l'estatut dels funcionaris públics, l'accés a la funció pública d'acord amb els principis de mèrit i capacitat, les peculiaritats de l'exercici del seu dret a sindicació, el sistema d'incompatibilitats i les garanties per a la imparcialitat en l'exercici de les seves funcions. També deriva del principi de legalitat el contingut del segon dels apartats del mateix article 103, que exigeix que els òrgans de l'Administració de l'Estat es creïn, es regeixin i es coordinin d'acord amb la llei. Així, doncs, podem concloure que som davant d'un àmbit reglat, en el qual la submissió a la llei i al dret farà que la gestió de l'ocupació pública presenti característiques peculiars, ben diferents de les de l'ocupació no pública, molt especialment pel que fa a la discrecionalitat en la configuració de les plantilles, totalment incompatible amb els principis generals de la gestió pública. Aquesta rigidesa organitzativa tindrà una plasmació evident en la normativa ordinària reguladora de l'ocupació pública i condicionarà notablement les possibilitats d'aplicació de mesures d'acció positiva, ja que l'abast d'aquestes mesures sempre restarà condicionat per la presència de les exigències constitucionals de mèrit i capacitat que es deriven de l'article 103.3 de la CE.

No obstant això, tal com hem assenyalat, cal relacionar el contingut constitucional del dret de l'ocupació pública amb el del principi d'igualtat. Com hem vist, amb caràcter general aquest principi apareix recollit en els articles 9.2 i 14 de la CE. El contingut d'aquests articles ha generat una nombrosa jurisprudència constitucional que ha permès configurar un veritable dret antidiscriminatori al nostre país, un element bàsic a l'hora de garantir la igualtat d'oportunitats i la igualtat de tracte per a tothom. En l'àmbit específic de l'ocupació pública, aquest principi d'igualtat queda enfortit quan s'esmenta específicament en l'article 23.2 de la CE. Aquest precepte sosté que tots els ciutadans tenen dret a accedir en condicions d'igualtat a les funcions i càrrecs públics, amb els requisits que assenyalin les lleis, la qual cosa constitueix un inequívoc reconeixement específic del dret a la igualtat en l'accés a l'ocupació pública. La conjunció d'aquests tres grans principis (igualtat, mèrit i capacitat), juntament amb els que han de regir el funcionament normal de les administracions públiques (eficàcia, jerarquia, descentralització, desconcentració i coordinació), és imprescindible a l'hora de determinar els mecanismes de lluita contra la discriminació de les persones amb discapacitat en l'àmbit de l'ocupació pública.

Es tracta, en definitiva, de constituir un marc regulador de l'ocupació pública que garanteixi la igualtat d'oportunitats de totes les persones a l'hora d'accedir-hi i

en el desenvolupament de les carreres administratives per part de tots els empleats públics. Però aquest plantejament no constitueix un fi per si mateix, sinó que ha de ser un mitjà adequat per aconseguir la satisfacció dels interessos generals, de manera que no podem sotmetre aquests interessos a un pretès dret d'igualtat no condicionat. Dit d'una altra manera, i a diferència del que passa en l'àmbit no públic, no es pot establir amb caràcter general una obligació, ni tan sols mínima, d'inclusió de persones amb discapacitat en l'àmbit de l'ocupació pública, ja que aquesta és condicionada per altres principis de presència ineludible i, en definitiva, està encaminada a la consecució de l'interès general. D'aquesta manera, el mandat als poders públics, inclòs en l'article 49 de la CE, de dur a terme una política de previsió, tractament, rehabilitació i integració dels disminuïts físics, sensorials i psíquics, als quals prestaran l'atenció especialitzada que requereixin i empararan especialment per al gaudi dels drets que la mateixa CE atorga a tots els ciutadans, trobarà en l'ocupació pública la «trava» de la submissió als principis de mèrit i capacitat, sobre l'exigència genèrica de la satisfacció dels interessos generals.

Aquesta situació, com veurem, a la pràctica provoca força dubtes sobre el paper que l'ocupació pública ha de tenir en la inclusió laboral i social de les persones amb discapacitat. Fent una lectura estricta del mandat constitucional, caldria concloure que el paper de l'Administració pública en aquest àmbit hauria de ser neutre, propi d'un jutge imparcial que es limita a fer una selecció objectiva i allunyada de tot indici de discrecionalitat. Si fos així, la garantia d'igualtat d'oportunitats brillaria per la seva absència i les oportunitats d'ocupació de les persones amb discapacitat —especialment d'aquelles que tenen discapacitats més severes— serien pràcticament nul·les. D'altra banda, imposar a les administracions públiques determinades obligacions correctores dels principis de mèrit i capacitat comportaria una fallida d'aquests principis bàsics i qüestionaria el paper de la mateixa Administració en la consecució dels interessos generals. Els ciutadans, en definitiva, tenim dret que els empleats públics que participen en la gestió dels serveis públics tinguin prou acreditada la seva capacitat o hagin justificat els mèrits requerits per al desenvolupament de la seva professió, de manera que qualsevol ingerència en aquests processos que comportés una minva d'aquestes exigències podria ser entesa com una vulneració d'aquest dret de tothom a uns serveis públics de qualitat, prestats per persones qualificades.

D'altra banda, la mateixa configuració històrica de l'ocupació pública ha anat desfavorint la presència de persones amb discapacitat en aquest àmbit, ja que l'equilibri entre els sistemes de selecció i provisió i les garanties d'igualtat d'oportunitats rarament s'ha aconseguit. A vegades per un excés de discrecionalitat en aquests sistemes, propi de moments històrics en què l'Estat no se sotmetia al dret, sinó a la voluntat dels qui governaven, i a vegades per una mal entesa rigidesa a l'hora de comprendre l'objectivitat en termes d'inamovibilitat de l'*statu quo*, el cert és que la presència de la discapacitat en l'ocupació pública ha estat, i continua

essent encara que menys que abans, escassa. Els principis de mèrit i capacitat són, sens dubte, mecanismes necessaris de garantia d'imparcialitat, i premisses imprescindibles per configurar una ocupació pública de qualitat que permeti a l'Administració aconseguir els seus fins constitucionals, però no s'ha d'oblidar que, a més d'aquests principis, l'article 23.2 exigeix el respecte escrupolós del principi d'igualtat en l'accés de totes les persones als llocs de treball de les administracions públiques.

Aquest principi d'igualtat de l'article 23.2 de la CE s'ha d'entendre com una especialitat del principi general recollit en l'article 14, i resulta especialment rellevant la seva ubicació en el text constitucional, ja que el configura com un dret fonamental, quelcom no predicable del contingut de l'article 103.3. Tanmateix, no es tracta de dirimir un conflicte permanent entre principis constitucionals (igualtat, d'una banda, i mèrit i capacitat, de l'altra), sinó de determinar de la manera més precisa que es pugui quin ha de ser l'encaix de les polítiques integradores que l'article 49 de la CE encomana als poders públics, quan parlem de l'ocupació que les administracions públiques generen i que cal per a la consecució dels seus fins. En aquest sentit, no hem d'oblidar que l'article 9.2 de la CE, com ja hem vist, configura l'anomenat *principi d'igualtat material*, en exigir la promoció de les condicions perquè la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en què s'integra siguin reals i efectives. Per tant, no solament es tracta de generar entorns normatius en què tingui presència el principi d'igualtat, sinó que de l'aplicació d'aquestes normes es derivi una aplicació efectiva d'aquest principi d'igualtat, de manera que totes les persones tinguin les mateixes oportunitats a l'hora d'accedir a l'ocupació pública. En el cas de les persones amb discapacitat, aquesta exigència d'igualtat d'oportunitats necessàriament comportarà l'adopció de mesures correctores, i aquesta acció positiva sovint entrarà en conflicte amb les exigències constitucionals de mèrit i capacitat.

La LISMI ja es va enfrontar amb aquest problema quan va incloure en el seu article 38 el contingut del principi constitucional d'igualtat. Així, en l'apartat tercer d'aquest precepte es deia que en les proves selectives per a l'ingrés en els cossos de l'Administració de l'Estat, de les comunitats autònomes, de l'Administració local, institucional i de la Seguretat Social, serien admeses les persones amb discapacitat en igualtat de condicions respecte als altres aspirants. A continuació, la LISMI afegia que les condicions personals d'aptitud per a l'exercici de les funcions corresponents s'acreditarien, si escau, mitjançant dictamen vinculant expedit per l'equip multiprofessional competent, que hauria de ser emès abans que comencessin les proves selectives. Per tant, el legislador ordinari resolva el conflicte entre els preceptes constitucionals en un apartat d'un article; d'una banda, manifestava pomposament el dret a la igualtat d'oportunitats i, de l'altra, immediatament després recordava que l'acreditació de l'aptitud del candidat a empleat públic resultava imprescindible, cosa òbvia si considerem les exigències constitucionals de mè-

rit i capacitat. Com veurem més endavant, l'única plasmació efectiva del dret a la igualtat d'oportunitats en l'ocupació pública era, en aquell moment, l'establiment de quotes de reserva en les convocatòries. No cal dir que l'acreditació de la capacitat funcional és un condicionant d'una importància extraordinària a l'hora de determinar l'impacte que aquesta mesura d'acció positiva pugui tenir en l'ocupació pública de les persones amb discapacitat.

La LIONDAU no contenia cap referència a l'ocupació pública, la qual cosa vol dir que en una norma que específicament regulava l'accessibilitat universal i la igualtat d'oportunitats per a les persones amb discapacitat no es feia cap menció a aquest àmbit. Aquesta circumstància, però, no és estranya, ja que la LIONDAU es va configurar com una norma complementària de la LISMI, de manera que en la majoria dels casos va respectar i va mantenir el seu contingut, que entre altres aspectes incloïa, com hem vist, la regulació de l'ocupació de les persones amb discapacitat.

El vigent TRLGDPD incorpora, tot i tractar-se d'un supòsit de delegació legislativa, principis que la LISMI no preveia en el paper de les administracions públiques. Així, l'article 2.o) defineix la transversalitat de les polítiques en matèria de discapacitat com el principi en virtut del qual les actuacions que desenvolupen les administracions públiques no solament es limiten a plans, programes i accions específics, pensats exclusivament per a aquestes persones, sinó que comprenen les polítiques i línies d'acció de caràcter general en qualsevol dels àmbits d'actuació pública, on es tindran en compte les necessitats i demandes de les persones amb discapacitat. No cal dir que, encara que no es manifesti expressament, un d'aquests àmbits d'actuació pública és la mateixa ocupació pública, un entorn en el qual necessàriament s'han de considerar aquestes necessitats i demandes.

Però el nou TRLGDPD es publica quan ja està vigent l'EBEP i, de manera encertada i per evitar duplicitats entre normes, limita el seu contingut segons la norma específica reguladora de l'ocupació pública.¹⁵ L'article 37.1 del TRLGDPD estableix que serà finalitat de la política d'ocupació augmentar les taxes d'activitat i d'ocupació i inserció laboral de les persones amb discapacitat, i també millorar la qualitat de l'ocupació i dignificar les seves condicions de treball, combatent-ne activament la discriminació. Aquesta pretensió requerirà que les administracions públiques competents fomentin les seves oportunitats d'ocupació i promoció professional en el mercat laboral, i promoguin els suports necessaris per a la recerca, l'obtenció i el manteniment de l'ocupació, i també el retorn a l'ocupació. En el segon apartat de l'article 37 s'aclareixen aquestes oportunitats d'ocupació, atès que se'n fa la classificació. D'aquesta manera, s'estableix que les persones amb discapacitat poden exercir el seu dret al treball per mitjà de tres tipus d'ocupació: en

15. L'article 37.3 del TRLGDPD estableix que l'accés a l'ocupació pública es regeix pel que disposa la normativa reguladora de la matèria. Es tracta, per tant, d'una remissió íntegra a l'EBEP en aquesta matèria.

primer lloc, l'ocupació ordinària, en les empreses i en les administracions públiques, incloent-hi els serveis d'ocupació amb suport; en segon lloc, l'ocupació protegida, en centres especials d'ocupació i en enclavaments laborals; i en tercer i últim lloc, l'ocupació autònoma.

A partir d'aquí, el silenci del TRLGDPD sobre l'ocupació pública és absolut. La norma es limita a fer referències puntuals a les administracions públiques a l'hora de regular l'ocupació protegida de les persones amb discapacitat. Es diu, d'una banda, que les administracions podran establir compensacions econòmiques destinades als centres especials d'ocupació, per ajudar a la viabilitat d'aquests centres, i que també podran establir amb aquesta finalitat els mecanismes de control que es considerin pertinents; d'altra banda, s'encomana a aquestes administracions el foment de la creació i la posada en marxa de centres especials d'ocupació, directament o en col·laboració amb altres organismes o entitats.

Podríem dir que, pel que fa a l'organització normativa, la «batalla» fictícia entre els principis de l'ocupació pública i els derivats de l'aplicació del principi d'igualtat d'oportunitats l'han guanyat els primers. La regulació de l'ocupació pública de les persones amb discapacitat, que originàriament es trobava en una norma reguladora de la discapacitat com la LISMI,¹⁶ ara és a la gran norma reguladora de l'ocupació pública, que no és altra que l'EBEP. Si bé cal reconèixer que no resulta especialment important el lloc que ocupi en el nostre ordenament jurídic la regulació de l'ocupació pública de les persones amb discapacitat, el cert és que la precària situació d'aquest col·lectiu en l'àmbit de l'ocupació en general i la històrica hostilitat de l'àmbit públic en relació amb les possibilitats d'ocupació d'aquestes persones potser haurien recomanat que la normativa reguladora de la discapacitat hagués insistit en la regulació de l'ocupació pública. Almenys, en la mesura en què ho fa respecte a l'anomenada *ocupació ordinària* en l'àmbit no públic, a la qual el TRLGDPD dedica els articles 40 a 42; sobretot si tenim en compte que aquesta ocupació també té la seva normativa específica, constituïda pel vigent TRLET i per la normativa que el desenvolupa.

Així, doncs, hem d'anar a la normativa d'ocupació pública per veure quin lloc hi ocupa la inclusió de les persones amb discapacitat i comprovar com hi encaixen els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat. D'una banda, cal assenyalar que l'article 14 de l'EBEP recull el principi general d'igualtat, en reconèixer als empleats públics el dret a la no-discriminació per raó de naixement, origen racial o ètnic, gènere, sexe o orientació sexual, religió o conviccions, opinió, discapacitat, edat o qualsevol altra condició o circumstància personal o social. Tanmateix, aquest reconeixement comporta l'obtenció prèvia de la condició d'empleat públic, per la

16. Les normes reguladores de l'ocupació pública, com la Llei 30/1984, de 2 d'agost, també contenien preceptes reguladors de l'ocupació pública d'aquestes persones, de manera que es produïa una duplictat normativa en aquells moments. Podríem dir que, com a mínim des del punt de vista de l'organització de les normes, el «dilema» es mantenia obert.

qual cosa en un sentit estricte no implica l'acolliment de la igualtat d'oportunitats en l'accés a l'ocupació pública, que sí que apareix recollit més endavant. D'altra banda, l'article 53 del mateix EBEP exigeix als empleats públics que la seva conducta es basi en el respecte dels drets fonamentals i les llibertats públiques, evitant tota actuació que pugui produir cap discriminació per raó de naixement, origen racial o ètnic, gènere, sexe, orientació sexual, religió o conviccions, opinió, discapacitat, edat o qualsevol altra condició o circumstància personal o social. Així, doncs, l'EBEP acull el principi de no-discriminació tant *ad intra* com *ad extra* en l'Administració pública. L'article 95 de l'EBEP tipifica com a falta molt greu tota actuació que comporti discriminació per raó d'origen racial o ètnic, religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual, llengua, opinió, lloc de naixement o veïnatge, sexe o qualsevol altra condició o circumstància personal o social, i també l'assetjament per raó d'origen racial o ètnic, religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual i l'assetjament moral, sexual i per raó de gènere.

No obstant això, a l'EBEP no hi ha cap menció expressa al dret a la igualtat d'oportunitats de les persones amb discapacitat en l'accés a l'ocupació pública, sinó que la norma passa directament a regular les anomenades *mesures d'acció positiva*. És evident que la presència d'aquestes mesures al text legal implica que el legislador assumeix l'existència d'una situació prèvia de manca d'igualtat d'oportunitats, però potser hauria convingut que s'hi inclogués expressament, i de manera genèrica, el dret de les persones amb discapacitat a concórrer en condicions d'igualtat real i efectiva amb altres persones en l'accés a l'ocupació pública. Veurem més endavant el contingut d'aquestes mesures d'acció positiva, la principal de les quals és, sens dubte, la quota de reserva d'ocupació en les convocatòries públiques.

Per acabar aquest primer apartat, dedicarem unes breus línies a recordar la configuració de l'ocupació pública a Espanya. L'EBEP parteix d'un model professional d'empleat públic que, després de superar el corresponent procés selectiu i d'ocupar el lloc assignat, desenvolupa la seva carrera professional imbricat en una organització que té com a finalitat última la satisfacció dels interessos generals. L'organització administrativa i la mateixa complexitat de les nostres administracions públiques han fet que, a la pràctica, no puguem parlar d'una manera uniforme de l'ocupació pública, ja que encara persisteix el model dual d'ocupació que es va consagrar en la normativa prèvia al primer EBEP, aprovat per la Llei 7/2007, de 12 d'abril, i que l'actual tampoc no ha superat. Així, d'acord amb el que estableix l'article 8 de l'EBEP, són empleats públics els qui exerceixen funcions retribuïdes a les administracions públiques al servei dels interessos generals, dels quals es poden distingir els funcionaris de carrera, els funcionaris interins, el personal laboral, que pot ser fix, per temps indefinit o temporal, i, finalment, el personal eventual. Els articles 9 a 12 desenvoluparan el contingut d'aquest article 8 i determinaran les característiques bàsiques de cadascun dels tipus d'empleats públics, mentre que

l'article 13 regula la figura del directiu públic professional. Així, dins de les administracions públiques podem trobar diferents tipus de personal —fins i tot algun d'addicional als que conté l'article 8 de l'EBEP, com és el cas de l'anomenat *personal estatutari dels serveis de salut*, al qual es refereix la disposició addicional dotzena del mateix EBEP—, de manera que les persones amb discapacitat tindran, de la mateixa manera que la resta de ciutadans, diferents oportunitats d'ocupació, unes més estables que altres, sens dubte, a l'hora d'afrontar el seu accés a una Administració pública.

Amb tot, la manera en què una determinada Administració pública s'ha d'organitzar, lluny del que el plantejament anterior podria suggerir, no pot ser en cap cas anàrquica. L'article 9.2 de l'EBEP conté l'anomenada *reserva funcional*, que estableix que, en tot cas, l'exercici de les funcions que impliquin la participació directa o indirecta en l'exercici de les potestats públiques o en la salvaguarda dels interessos generals de l'Estat i de les administracions públiques correspon exclusivament als funcionaris públics, en els termes que s'estableixi en la llei de desenvolupament de cada Administració pública. D'altra banda, l'article 11.2 del mateix EBEP disposa que aquestes lleis de funció pública de desenvolupament establiran els criteris per determinar els llocs de treball que pot ocupar el personal laboral, respectant en tot cas el que estableix l'article 9.2. Els supòsits en què és procedent la incorporació de funcionaris interins es delimiten en l'article 10, i els del personal eventual, en l'article 12.

En definitiva, el legislador estableix un cert ordre en l'organització dels recursos humans de les administracions públiques, si bé cal reconèixer que la pràctica no sempre es correspon amb aquest plantejament. En pot ser un exemple la presència abundant en algunes administracions públiques —molt marcadament en l'àmbit local— dels anomenats *empleats públics indefinits no fixos*, com a conseqüència de les males praxis d'aquestes administracions en la contractació temporal. Es tracta de supòsits en els quals s'incorre en frau de llei en la contractació temporal d'aquests empleats públics, de manera que, per aplicació del que estableix l'article 15.3 del TRLET, aquests contractes es presumeixen concertats per temps indefinit. Les limitacions derivades de l'aplicació dels principis de mèrit i capacitat en els processos selectius d'ocupació pública fa que aquests treballadors, que han estat objecte del frau de llei en les seves contractacions, no adquireixin fixesa en les administracions públiques, fet que els manté en una situació de franca indefinició que, a vegades, s'acaba amb la pèrdua traumàtica del lloc de treball.

Finalment, són essencials el mateix procediment d'accés a l'ocupació pública, l'omnipresència en aquest procediment dels principis constitucionals als quals hem fet referència en aquest apartat i l'evident dificultat perquè les mesures d'acció positiva puguin, sense vulnerar aquests principis de mèrit i capacitat, ampliar els horitzons i les expectatives d'igualtat d'oportunitats de les persones amb discapacitat a l'hora de plantejar-se la seva incorporació a aquest tipus d'ocupació.

2.2. L'accés a l'ocupació pública: quotes de reserva

2.2.1. Els sistemes de quota de reserva d'ocupació

Com hem vist, l'Administració pública com a ocupadora té un paper important en la inclusió laboral de persones amb discapacitat i, sens dubte, el sistema de quotes de reserva és un dels mecanismes més importants per aconseguir aquesta finalitat. Aquests sistemes de quotes s'han fet servir històricament a Europa des del final de la Primera Guerra Mundial, i estaven íntimament relacionats amb el reconeixement dels qui havien resultat ferits en accions bèl·liques mentre defensaven els seus països. Aquests sistemes es van anar estenent al llarg del segle passat i ho continuen fent en el present, fins a constituir un mecanisme comú de promoció de l'ocupació de les persones amb discapacitat en la majoria dels països europeus. Tant és així que, en termes absoluts, només Dinamarca, Estònia, Finlàndia, Suècia, Portugal i Letònia¹⁷ han deixat de banda aquesta mesura d'acció afirmativa directa i han posat tot l'esforç a aconseguir la igualtat d'oportunitats en les mesures promocionals, en alguns casos, i en la difusió de la responsabilitat social i la conscienciació de la ciutadania respecte dels drets de totes les persones des del punt de vista de la igualtat de tracte, en altres casos.

El funcionament dels sistemes de quotes, en general, es basa en la imposició de l'obligació de reservar llocs de treball a persones que acreditin alguna discapacitat, de manera que, consegüentment, tinguin igualtat d'oportunitats en l'accés a l'ocupació. La seva aplicació es troba tant en l'àmbit privat com en el públic, si bé la configuració no és idèntica en tots dos àmbits, ja que tampoc no ho és la dels dos tipus d'ocupació, perquè, com hem vist, les exigències constitucionals tenen un paper decisiu a l'hora de configurar les característiques bàsiques de l'ocupació pública a Espanya. Fonamentalment, trobem dues possibilitats: la primera és exigir a determinats ocupadors la incorporació de persones amb discapacitat a les seves plantilles; la segona consisteix a establir quotes per a aquestes persones en els processos de selecció de personal, amb exigència d'un resultat mínim final de contractacions o incorporacions o sense aquesta exigència. En el primer cas, s'acostumen a seleccionar els ocupadors afectats per la mesura de reserva segons el nombre de treballadors als quals donen feina, i és molt freqüent que només les empreses mitjanes o grans resultin obligades per la quota.¹⁸ En el segon cas, sol ser la naturalesa de l'ocupador la que determina l'obli-

17. A la llista de països europeus que no han emprat sistemes de quota s'ha d'afegir, en l'actualitat, el Regne Unit, que va utilitzar aquest mecanisme d'acció positiva però que l'ha abandonat.

18. En el cas d'Espanya, el nombre mínim de treballadors que fa que una empresa tingui l'obligació de contractar persones amb discapacitat és de cinquanta. Aquest nombre varia en altres països d'Europa, si bé n'hi ha molts en els quals és sensiblement menor.

gació d'establir una determinada quota en els processos de selecció i, en el cas d'Espanya, és el sistema que s'aplica a les administracions públiques amb caràcter general.

A la pràctica, les quotes de reserva afecten un nombre considerable d'empreses i organismes públics a Espanya i, en conseqüència, poden generar expectatives certes d'ocupació en moltes persones amb discapacitat. Sobre això, en un informe presentat per la Fundació Mapfre l'any 2010¹⁹ es fa una anàlisi minuciosa de la situació en un total de setze països europeus,²⁰ en la qual s'estima que, en aquest àmbit, hi ha entorn de 2.382.543 empreses que estan obligades a contractar almenys una persona amb discapacitat. Atès que el nombre total de persones amb discapacitat en aquests països aquell any era, aproximadament, de 37.145.399 i que la suma total de la població discapacitada activa dels països dels quals es disposa de dades pujava a 14.776.534 persones, si a cada país es complís la normativa legal, almenys el 16% de la població discapacitada activa podria restar incorporada al mercat laboral per la via de la reserva d'ocupació. Cal tenir en compte que aquesta situació s'esdevindria suposant que la normativa obligués aquestes empreses a contractar un sol treballador amb discapacitat, però depenent del país i del nombre de treballadors, la quota mínima de contractació varia, i finalment resulta una xifra superior als 2,5 milions de persones amb discapacitat les que haurien d'estar contractades en empreses pertanyents als països sota estudi, si aquestes empreses complissin la normativa vigent a cada territori.

Pel que fa al funcionament dels sistemes de quotes, en general es tracta d'obligacions legals, incloses en la normativa corresponent, que de manera imperativa imposen la incorporació de persones amb discapacitat en empreses i organismes públics. Aquests sistemes de quota purs o directes, en la majoria dels casos, vénen acompanyats d'una norma sancionadora que imposa als incomplidors multes econòmiques. No obstant això, a vegades s'opta per un sistema de penalització més tènue, que priva l'incomplidor de determinades subvencions o bonificacions en les quotes de la Seguretat Social. A Espanya, els mecanismes dissuasius de l'incompliment de la quota de reserva d'ocupació a les empreses s'especifiquen en el Text refós de la Llei d'infraccions i sancions en l'ordre social, aprovat pel Reial decret legislatiu 5/2000, de 4 d'agost, i inclouen tant sancions com la pèrdua de bonificacions.

Amb tot, com ja hem assenyalat, hi ha mecanismes atenuats com els de quotes en els processos de selecció, en què no s'exigeix cap resultat, sinó simplement una especialització en aquests processos per afavorir l'ingrés de persones amb

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

20. Alemanya, Àustria, Bèlgica, Eslovàquia, Eslovènia, Espanya, Finlàndia, França, Grècia, Holanda, Irlanda, Itàlia, Luxemburg, Malta, Portugal i Xipre.

discapacitat en les organitzacions que fan la convocatòria dels llocs de treball. No cal dir que, en termes d'eficàcia, els sistemes d'incorporació imperativa, pel fet de tractar-se de sistemes de quotes purs o directes, tenen més incidència en la incorporació efectiva a l'ocupació de les persones amb discapacitat que els de quota en la selecció, ja que en realitat aquests mecanismes de quota atenuada o indirecta no garanteixen, en la majoria dels casos, la incorporació a l'ocupació de persones amb discapacitat. En aquests sistemes de quota indirecta, sense garantia d'ingrés efectiu, no existeix cap norma específica que prevegi sancions econòmiques en els casos d'incompliment. En la majoria dels casos, les conseqüències de l'incompliment solen ser de naturalesa estrictament jurídica i només afecten la validesa dels processos de selecció. No obstant això, l'adopció d'un mecanisme o un altre no sol ser casual, sinó que obeeix normalment —i aquest és el cas d'Espanya— a les característiques de l'ocupador.

A Espanya, ja les lleis de 25 d'agost de 1939 i de 17 de juliol de 1947 van establir preferències d'ocupació pública per a mutilats, excombatents i excaptius de guerra, i l'Ordre d'11 de gener de 1974 va establir, per primera vegada, una veritable quota de reserva d'ocupació pública, que obligava les entitats gestores i col·laboradores, i els serveis comuns de la Seguretat Social, en relació amb els treballadors amb discapacitat i treballadors de més de quaranta anys, de manera que el 75% de les vacants que es convoquessin per a personal subaltern haurien d'anar dirigides a aquests dos col·lectius. A la pràctica, l'establiment d'aquest elevat percentatge i la concreció de la reserva solament en un cos funcional van provocar un incompliment pràcticament absolut d'aquesta norma.

Després de l'entrada en vigor de la CE, la LISMI va establir en el seu article 38.3 la quota de reserva d'ocupació pública amb caràcter general, i va determinar que, en les proves selectives per a l'ingrés en els cossos de l'Administració de l'Estat, de les comunitats autònomes, de l'Administració local, institucional i de la Seguretat Social, havien de ser admeses les persones amb discapacitat en igualtat de condicions amb els altres aspirants. Finalment, el vigent article 42.2 del TRLGDPD estableix que en les ofertes d'ocupació pública es reservarà una quota que ha de ser coberta per persones amb discapacitat, en els termes que estableix la normativa reguladora de la matèria. Cal recordar, però, que l'article 103.3 de la CE vincula immediatament la funció pública a l'Estat de dret en exigir, entre altres garanties de legalitat, la regulació d'aquest àmbit mitjançant un estatut dels funcionaris públics, i en determinar com a principis bàsics de l'ocupació pública els de mèrit i capacitat, que, juntament amb el d'igualtat enunciat a l'article 23.2 de la CE, constitueixen els tres pilars bàsics en aquest àmbit.

Així, doncs, la imposició d'un sistema basat en els principis de mèrit i capacitat es presenta per oposició al de nomenaments i cessaments discrecionals, i l'encaix del contingut de l'article 49 de la mateixa CE no sempre resultarà senzill i evidenciarà, com hem vist, conflictes importants en relació amb l'abast de l'exigència de

satisfacció dels interessos generals respecte de la d' idoneïtat per a l'accés a l'ocupació pública de persones que tenen reconeguda una discapacitat física, psíquica o sensorial. Podríem dir, en resum, que aquests principis constitucionals de mèrit i capacitat es presenten com a frens als sistemes d'accés a l'ocupació pública basats en la discrecionalitat, però també són un impediment per a l'establiment d'obligacions directes d'incorporació de persones amb discapacitat a les administracions públiques. Tot i això, l'article 38.3 de la LISMI va traslladar el principi constitucional d'igualtat a les proves selectives per a l'ingrés en l'Administració pública i, posteriorment, la Llei 23/1988 va introduir en la Llei 30/1984, de mesures per a la reforma de la funció pública, una disposició addicional dinovena d'acord amb la qual en les ofertes d'ocupació pública s'havia de reservar una quota no inferior al 3% de les vacants que havien de ser cobertes per persones amb discapacitat reconeguda en un grau igual o superior al 33%, sempre que aquestes persones superessin les proves selectives i amb la pretensió que, d'aquesta manera, progressivament s'aconseguís el 2% dels efectius totals de l'Administració de l'Estat. Per tant, el legislador ordinari sens dubte va entendre que les exigències constitucionals incloses en els articles 9.2, 14 i 23 requerien l'establiment de mesures de reserva en l'accés dels ciutadans amb discapacitat a l'ocupació pública que poguessin afavorir l'efectivitat real del principi d'igualtat, assumint la convivència pacífica d'aquestes mesures amb els principis constitucionals de mèrit i capacitat.

2.2.2. Els sistemes de quota i els principis constitucionals relacionats amb l'ocupació pública: delimitació de la reserva

La qüestió de la relació entre el principi constitucional d'igualtat i els de mèrit i capacitat en l'accés a l'ocupació pública va generar un ampli debat i nombroses controvèrsies doctrinals i pràctiques, fins que el Tribunal Constitucional es va haver de pronunciar expressament sobre aquest assumpte, cosa que va fer en la Sentència 269/1994, de 3 d'octubre (RTC 1994, 269). En aquell cas, la recurrent en empara estimava que la imposició de quotes de reserva a favor de persones amb discapacitat en un procés selectiu per a l'accés a unes places de funcionari d'una Administració autònoma vulnerava l'article 14 de la Constitució, i també els articles 23.2 i 103. En resum, s'entenien vulnerats els principis de mèrit i capacitat «per deixar pas al principi de protecció de determinats col·lectius marginals, que igualment es podria estendre a d'altres, com els afectats per l'alcoholisme, la drogadocció, la renda baixa o l'atur, i que, per molt lloable que sigui com a intenció, no assoleix prou virtualitat per desconèixer-ne aquells» i es negava que la diferenciació de tracte introduïda pogués tenir una justificació objectiva i raonable, ja que la preferència atorgada «es fonamenta en una condició personal (la seva limitació sensorial), la qual cosa constitueix un criteri de diferenciació prohibit expressament,

pel fet de ser arbitrari, en l'article 14 CE, que en aquest cas perjudica les persones que [...] es troben en plena possessió de les seves facultats psíquiques i sensorials».

El retret se centrava, doncs, en la possible irracionalitat d'una diferència de tracte que, al marge del principi d'igualtat en l'accés a la funció pública atenent al mèrit i la capacitat acreditats, es basava en una condició de la persona —en aquest cas, la seva discapacitat— que posava en pitjor situació aquelles altres persones que, tot i haver obtingut puntuacions superiors, no es trobaven afectades per discapacitats físiques, psíquiques o sensorials. El TC sosté, en la seva sentència, que «és clar que la reserva percentual de places en una oferta d'ocupació, destinades a un col·lectiu amb greus problemes d'accés al treball [...] no vulnera l'article 14 de la CE» i que, en conseqüència, no estem davant d'un supòsit de discriminació, atès que les mesures de reserva són mecanismes aptes per al compliment efectiu dels mandats constitucionals, afavoreixen la igualtat en l'accés a l'ocupació pública de tots els ciutadans i permeten la satisfacció dels interessos generals mitjançant la selecció de candidats aptes des del punt de vista dels principis de mèrit i capacitat consagrats en l'article 103 de la CE. Aquesta posició del TC ha resultat un pressupòsit imprescindible per al manteniment i posterior desenvolupament de la normativa reguladora de l'accés a l'ocupació pública de les persones amb discapacitat, cosa que ha reforçat les tècniques de reserva d'ocupació i ha permès difondre-les en altres àmbits.

No obstant això, no n'hi ha prou d'admetre que els sistemes de quota o reserva d'ocupació en les convocatòries d'ocupació pública són constitucionals, atès que a la pràctica l'element més complex és la mateixa configuració del sistema. La qüestió de fons, en definitiva, és la de determinar el contingut i la intensitat que ha de tenir aquesta mesura d'acció positiva, especialment si es considera que ni la LISMI ni la LIONDAU van abordar significativament aquest assumpte. En aquest sentit, cal tenir en compte, a més, que els sistemes de quota poden aparèixer tant en la normativa específica —com és el cas de l'article 59 de l'EBEP— com de manera transversal, en forma de clàusules socials que reforcin, encara que sigui indirectament, el compromís de les administracions públiques amb l'ocupació de les persones amb discapacitat. A la pràctica, el desenvolupament d'aquests sistemes de quota transversal ha estat molt escàs i es limita a afavorir, algunes vegades, la contractació directa o indirecta de persones amb discapacitat en les contractacions administratives dutes a terme per les administracions públiques, prioritzant els contractants que acreditin un grau de sensibilització més gran pel que fa a la incorporació de persones amb discapacitat, més enllà del simple compliment de la seva obligació de reserva, quan la tinguessin.

Actualment conviuen dos preceptes, tots dos amb rang legal, reguladors de la quota mínima de reserva en l'àmbit de l'ocupació pública. D'una banda, l'article 42.2 del TRLGDPD es limita a assenyalar que «en les ofertes d'ocupació pública es reservarà una quota que ha de ser coberta per persones amb discapacitat, en

els termes que estableix la normativa reguladora de la matèria». D'altra banda, l'article 59 de l'EBEP concreta aquesta obligació, ja que estableix que en les ofertes indicades es reservarà una quota no inferior al 7%²¹ de les vacants per ser cobertes entre persones amb discapacitat, de les quals almenys el 2% s'oferiran a persones que acreditin discapacitat intel·lectual, sempre que en tot cas superin els processos selectius i acreditin la seva discapacitat i la compatibilitat amb l'exercici de les tasques, de manera que progressivament s'assoleixi el 2% dels efectius totals en cada Administració pública. En l'exposició de motius d'aquesta norma es diu que en matèria d'accés a l'ocupació pública «ha estat una preocupació essencial el fet de garantir tant com es pogués l'aplicació dels principis d'igualtat, mèrit i capacitat, i també la transparència dels processos selectius i la seva agilitat, sense que això últim menyscabi l'objectivitat de la selecció» i s'afegeix que això no és incompatible amb l'adopció necessària de mesures positives per promoure l'accés de persones amb discapacitat a llocs de treball en el sector públic.

La quota, per tant, és un percentatge mínim de places que s'han de reservar per a candidats amb discapacitat acreditada, però no hi ha cap referència a la normativa vigent a una quota màxima de reserva. No obstant això, l'article 3.2 del Reial decret 2271/2004, de 3 de desembre, pel qual es regula l'accés a l'ocupació pública i la provisió de llocs de treball de les persones amb discapacitat,²² estableix que en cas que les places reservades que siguin cobertes per persones amb discapacitat no superin el 3% del total de les convocades, les no cobertes s'acumularan a la reserva de l'any següent, amb el límit màxim del 10%. Tot i que alguns autors han volgut veure en aquest precepte un límit màxim absolut, no s'ha d'oblidar que es tracta d'una norma de rang reglamentari i que, en tot cas, només es refereix a l'acumulació de places no cobertes en un exercici en la quota del següent. Per tant, en principi res no impediria establir una quota més gran. Cal tenir en compte, però, les limitacions derivades del principi de proporcionalitat. És a dir, l'expressió *no inferior al 7%* tampoc no pot ser interpretada com un mínim absolut i sense limitacions màximes, ja que una desproporció en el percentatge de places reservades podria desnaturalitzar la mesura d'acció positiva i trencar, pel fet de ser excessiva, la correcció de la desigualtat d'oportunitats. Una protecció excessiva, en definitiva, podria comportar una vulneració del principi d'igualtat respecte de les persones que no tenen discapacitat.

21. La primera quota de reserva d'ocupació pública va ser introduïda, com hem vist, per la Llei 23/1988, de 28 de juliol, que va afegir una disposició addicional dinovena de la Llei 30/1984, de 2 d'agost, per la qual es va fixar la quota de reserva en un 3%. Posteriorment, la Llei 53/2003, de 10 de desembre, va elevar la quota al 5%, un percentatge que va ser l'inclòs inicialment en l'article 59 de l'EBEP. S'aprecia, per tant, de manera evident, un enfortiment de la reserva d'ocupació pública en relació amb les places reservades a les ofertes d'ocupació, si bé l'objectiu final continua essent el mateix que el que es va fixar el 1988: arribar al 2% real d'ocupació pública per a persones amb discapacitat. No cal dir que aquest objectiu continua sense complir-se actualment.

22. L'àmbit d'aplicació d'aquesta norma es refereix a l'Administració de l'Estat, tal com la definia l'article 1.1 de la Llei 30/1984, de 2 d'agost. Amb tot, considerant que aquesta norma reglamentària desenvolupava un precepte bàsic, inclòs primer a la llei esmentada i actualment a l'EBEP, sembla raonable acceptar l'extensió d'aquest àmbit d'aplicació a totes les administracions públiques, sense perjudici de les especificitats que puguin incloure algunes d'aquestes administracions.

Així, doncs, les previsions incloses en l'article 59 de l'EBEP volen evidenciar el respecte als principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat. En aquest sentit, el legislador no s'oblida de destacar la necessitat de superació dels processos selectius i la compatibilitat de la capacitat de l'aspirant amb les característiques de les tasques que s'han de dur a terme, tot plegat en la línia de la doctrina establerta en la STC de 3 d'octubre de 1994 (RTC 1994, 269). Es tracta, per tant, d'ajustar els processos selectius a les peculiaritats que puguin presentar les persones amb discapacitat, de manera que aquestes persones puguin concórrer en condicions d'igualtat amb els altres ciutadans a les funcions i càrrecs públics, tal com reclama la Constitució.

2.2.3. Ocupadors afectats per la quota de reserva

L'obligació de reservar una quota no inferior al 7% en les ofertes d'ocupació pública s'exposa en les convocatòries que efectua qualsevol administració pública, tant si és estatal com autonòmica o local, una universitat pública o bé organismes públics, agències i altres entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, vinculats a qualsevol de les administracions públiques o dependents d'aquestes administracions, en els termes que estableix l'article 2 de l'EBEP. Per tant, en aquests casos no serà procedent exigir una reserva d'ocupació del 2% a aquests ocupadors, atès que, pel fet d'estar sotmesos a la normativa inclosa a l'EBEP i, en conseqüència, als principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat en l'accés a l'ocupació pública, només podran comptar amb aquells empleats que superin els processos selectius que s'hagin dissenyat d'acord amb aquests principis. Per això, apliquem a les administracions públiques un sistema de quota indirecta, i en aquests casos no és exigible un resultat concret d'incorporacions de persones amb discapacitat a les plantilles d'aquestes administracions, per la qual cosa queda descartat en aquest àmbit el sistema de quotes pur o directe.

La reserva d'ocupació pública establerta en l'article 59 de l'EBEP es projecta sobre la totalitat de les places convocades per una determinada Administració —també afecta, per tant, les places de promoció interna, de manera que aquesta mesura d'acció positiva actua directament en l'àmbit de la promoció professional dels empleats públics amb discapacitat— i no sobre cadascun dels processos de convocatòria que l'Administració dugui a terme; així, les places reservades han d'aparèixer perfectament especificades en la corresponent oferta pública d'ocupació i en cadascuna de les convocatòries, tal com es reflecteix en l'article 4 del Reial decret 105/2016, de 18 de març, pel qual s'aprova l'oferta d'ocupació pública per a l'any 2016. D'aquesta manera, el 7% de reserva afectarà totes les places convocades i pot resultar un percentatge diferent en cadascun dels processos selectius que es duguin a terme sempre que el resultat final no sigui inferior a l'assenyalat

7% de les places reservades per a persones amb discapacitat en la corresponent oferta d'ocupació pública, de les quals almenys un 2%, recordem-ho, han de ser per a persones amb discapacitat intel·lectual. Sobre la qüestió de l'arrodoniment dels decimals, s'han plantejat diferents fórmules, que van des d'aplicar en tot cas el nombre enter superior²³ fins a aplicar el més proper i, consegüentment, exigir el nombre superior només quan la fracció sigui superior a 0,5.²⁴ El mateix problema es planteja en l'àmbit de la quota de reserva del 2% per a l'ocupació no pública establerta en l'article 42.1, i que afecta tant les empreses privades com les públiques. Com veurem en el capítol següent, en el Criteri tècnic 98/2016 de la Direcció General de la Inspecció de Treball i Seguretat Social s'acull la interpretació extensiva, en el sentit que a l'hora de quantificar el nombre de llocs de treball que han d'ocupar persones amb discapacitat, en els casos en què per aplicació de la quota resulti un nombre amb decimals, quan aquests decimals superin la fracció 0,5 s'ha d'entendre que s'exigeix el nombre enter immediatament superior. És a dir, en cas que per aplicació de la quota del 2% resultés una obligació de contractació de 3,6, el nombre de treballadors amb discapacitat contractats hauria de ser de 4.

Una altra cosa és el resultat d'aquesta mesura d'acció positiva, ja que, si bé sempre s'ha mantingut, com hem vist, una certa relació entre la quota de reserva d'ocupació pública i un objectiu concret de contractació, el cert és que després de molts anys de vigència d'aquesta previsió normativa i de l'aprovació d'un nombre considerable d'ofertes d'ocupació pública per part de les diferents administracions públiques, durant tot aquest temps, en què s'ha fixat la quota de reserva preceptiva, la situació dista molt d'acostar-se a l'objectiu esmentat.²⁵ Les causes de l'escàs impacte en l'accés de persones amb discapacitat a l'ocupació pública generat per la quota de reserva, tant si es tracta del 3, el 5 o el 7%, són múltiples, però no hi ha res que faci pensar en aquest moment que romandre en aquesta estratègia, sense cap esmena, hagi de provocar efectes més benèfics en un futur immediat. La presència d'empleats públics amb discapacitat a les administracions públiques no es pot considerar, de cap manera, com la culminació de l'objectiu que s'esdevingui en aquest àmbit una integració real d'aquest col·lectiu, i qüestiona molt seriosament el compliment dels mandats constitucionals inclosos en els articles 23.2 i 49 de la CE. De fet, en l'*Informe sobre accés de persones amb discapacitat a l'ocupació pública* que va publicar el Ministeri d'Administracions Públiques el juny del 2006 es reflectia aquesta situació, en observar les dades

23. Sentència de l'Audiència Nacional de 4 de juliol de 2007 (JUR 2007\236879) i algunes normes de comunitat autònoma, com ara l'article 3.2 del Decret 51/2008, de 5 de setembre, per a l'accés a l'ocupació pública de les persones amb discapacitat de la Rioja (Butlletí Oficial de La Rioja de 10 de setembre de 2008).

24. Sentència del TSJ de Galícia de 13 d'octubre de 2005 (JUR 2005\273780).

25. En pot ser un exemple el fet que, tal com es recordava en l'exposició de motius de la Llei 53/2003, segons dades facilitades pel Govern, com a resposta a una pregunta feta pel grup parlamentari socialista, els anys 2000 i 2001 es va estimar que el percentatge de persones amb discapacitat que van arribar a aprovar en les diferents convocatòries per a funcionaris de l'Administració general de l'Estat oscil·lava entorn d'un desolador 0,2% respecte al total de places convocades.

corresponents a les ofertes d'ocupació pública dels anys 2003, 2004 i 2005; en aquests períodes van ser convocades, en torn lliure, 113, 205 i 237 places, respectivament, i van resultar aprovades un total de 46, 95 i 124 persones amb discapacitat, també respectivament. La «tendència alcista» a què fa referència l'informe no pot amagar la conclusió insatisfactòria que per aquesta via s'havien incorporat a l'ocupació pública en l'Administració general de l'Estat un total de 265 persones amb discapacitat en tres anys. En un informe posterior corresponent als anys 2006 a 2008, el mateix Ministeri va reconèixer que s'havien convocat un total de 925 places d'ocupació pública per a persones amb discapacitat en l'Administració general de l'Estat en aquells tres anys, de les quals només es van cobrir 507. Una altra vegada, es van fer palesos tant la millora dels resultats com l'evident insuficiència d'aquests resultats.

En aquest sentit, caldria plantejar-se la necessitat d'incorporar en alguns supòsits convocatòries independents per a persones amb discapacitat en l'ocupació pública, prenent com a base el respecte als principis de mèrit i capacitat però amb la inclusió, també, de capacitats diferents. Crida l'atenció, en aquest punt, l'actitud de les mateixes empreses públiques que es desprèn de dades estadístiques i d'informes basats en enquestes als seus gestors. En aquest sentit, més del 80% de les que resulten obligades per llei a la incorporació de treballadors amb discapacitat com a conseqüència d'una obligació de reserva argumenten que no tenen elements de judici per no fer-ho, o almenys no els verbalitzen, però comenten la possibilitat de no tenir empleats amb discapacitat perquè simplement no es presenten als diferents processos de selecció. Hi ha subjacent, també, en molts casos, un prejudici sobre la manca de capacitat d'aquestes persones per dur a terme les tasques pròpies dels llocs de treball que s'ofereixen.

En resum, doncs, podem afirmar que l'acció positiva en l'àmbit públic es projecta per dues vies diferents. D'una banda, la quota de reserva d'ocupació en les convocatòries dutes a terme per administracions públiques, establerta en l'article 59 de l'EBEP, representa una reserva mínima del 7% d'aquestes places per a persones amb discapacitat, amb l'especificitat que com a mínim el 2% han de ser persones amb discapacitat intel·lectual. D'altra banda, en aplicació de l'article 42.1 del TRLGDPD, les empreses públiques amb cinquanta treballadors o més han d'incorporar necessàriament en les seves plantilles persones amb discapacitat, de manera que representin almenys el 2% del total de treballadors d'aquestes empreses. Encara que pugui semblar contradictori, el cert és que, a partir de l'aplicació dels principis constitucionals de mèrit i capacitat, tots dos àmbits es presenten clarament diferenciats. Així, la quota de reserva d'ocupació en les convocatòries queda circumscrita a l'àmbit específic de l'ocupació pública, és a dir, a aquells processos selectius als quals siguin aplicables els principis constitucionals esmentats repetidament i que es regeixin per normes d'ocupació pública, és a dir, per l'EBEP i per la seva normativa de desenvolupament. Per contra, en aquells casos en què una en-

titat, encara que es tracti d'una entitat pública —una empresa, en aquest cas—, no estigui vinculada per aquests principis i pugui dur a terme les contractacions laborals en règim de lliure convocatòria i sense subjecció expressa als procediments públics de selecció de personal, serà aplicable la quota de reserva directa del 2% sempre que aquesta empresa pública tingui, almenys, cinquanta treballadors. No obstant això, el cert és que en l'àmbit públic la presència, més o menys evident, dels principis constitucionals de mèrit i capacitat és constant, per la qual cosa l'obligació de reserva es referiria a la quota que estableix l'EBEP en la majoria dels casos. Veurem aquest supòsit en el següent capítol d'aquesta obra.

En definitiva, l'element diferenciador de l'exigència d'un o altre sistema de reserva és la llibertat contractual. No es pot exigir un resultat d'incorporació de persones amb discapacitat a les administracions públiques si aquestes administracions estan sotmeses als principis constitucionals de mèrit i capacitat en els seus processos selectius i, consegüentment, no tenen discrecionalitat ni, tampoc, capacitat de decisió pròpia a l'hora d'eleger els candidats més adequats. Aquesta decisió està ben regulada i, per tant, l'obligació de reserva arriba fins a la convocatòria, però ha de ser compassiva amb la garantia que el procés de selecció culmini amb la selecció de les persones més capacitades, encara que hi hagi diverses quotes o torns. Quan una entitat pública no estigui sotmesa de cap manera a aquestes restriccions contractuals —cosa poc comuna a la pràctica, com ja hem assenyalat— té sentit la imposició d'una obligació de reserva amb exigència de resultat. Aquesta és la interpretació inclosa al Criteri tècnic 98/2016 de la Direcció General de la Inspecció de Treball i Seguretat Social.

Finalment, cal recordar que les administracions públiques poden tenir diferents formes de vinculació jurídica amb els seus empleats, de manera que la quota de reserva en els processos selectius afecta tant les de naturalesa funcional com les laborals. Per tant, no és la forma de vinculació la que determina l'aplicació d'un o altre sistema de quota, sinó la naturalesa del procés selectiu.

2.2.4. La quota de reserva en la normativa de desenvolupament de l'EBEP

L'EBEP va voler unificar la normativa comuna al conjunt dels funcionaris de totes les administracions públiques, però a més va determinar les normes legals específiques aplicables al personal laboral al seu servei. D'una banda, l'EBEP ha estat objecte de desenvolupament normatiu per mitjà de les lleis de funció pública de les diferents comunitats autònomes, i també aquelles que són aplicables a l'Administració local, amb respecte en aquest cas a l'autonomia organitzativa pròpia d'aquest àmbit. Així, l'EBEP d'alguna manera intenta pal·liar la «dispersió de la normativa bàsica» que esmenta i que el va precedir, i procura ajustar el nou marc normatiu als profunds canvis que les nostres administracions públiques han anat

experimentant des de l'aprovació de la normativa anterior que, convé no oblidar-ho, ha estat en vigor més de vint anys. D'altra banda, cal tenir en compte que hem assistit a un permanent procés descentralitzador que ha provocat un increment de les estructures administratives de les comunitats autònomes i el consegüent apriament de les de l'Administració general de l'Estat, alhora que hem percebut el creixement imparable de l'ocupació pública local, caracteritzat per l'atomització d'aquest àmbit i les consegüents dificultats que presenta una galàxia de més de vuit mil cinc-cents entitats locals.

Sobre aquestes bases, l'article 6 de l'EBEP estableix que, en el seu desenvolupament, les Corts Generals i les assemblees legislatives de les comunitats autònomes aprovaran, en l'àmbit de les seves competències, les lleis reguladores de la funció pública de l'Administració general de l'Estat i de les comunitats autònomes. Després dels anys transcorreguts des de l'aprovació de la norma bàsica—recordem que l'EBEP es va aprovar el 12 d'abril de 2007 i que la norma vigent va ser aprovada pel Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre— encara persisteixen moltes normes de funció pública autonòmica aprovades abans del mateix EBEP, i tot indica que el seu desenvolupament s'anirà produint amb menys rapidesa de la que podien fer suposar les grans expectatives que es van generar al començament.

Cal tenir en compte, també, que les matèries que resultaran afectades pel desenvolupament de l'EBEP mitjançant les diferents lleis de funció pública seran d'una notable importància, considerant les permanents al·lusions que fa a aquestes lleis el mateix Estatut al llarg del seu articulat, i que es refereixen a qüestions tan rellevants com la determinació de llocs de treball que ha de desenvolupar el personal laboral, les condicions de regulació del personal eventual, la regulació de la carrera professional i les situacions administratives, la quantia i estructura de les retribucions complementàries, els drets col·lectius dels empleats públics, el mateix sistema d'estructuració de l'ocupació pública, la mobilitat dels empleats públics, determinats sistemes de provisió de llocs de treball o el règim disciplinari. A més, l'aprovació d'aquestes lleis de funció pública que desenvolupen l'EBEP condiciona fins i tot el moment en què una part del seu contingut començarà a produir efectes,²⁶ una qüestió que no és gens intranscendent i que, en definitiva, afecta la mateixa aplicació de la norma, de manera que una dilació excessiva en el seu desenvolupament la desactiva almenys de manera parcial, cosa que genera un règim de transitorietat que provoca incertesa i que no afavoreix gens ni mica la consecució de l'objectiu d'ordenació de la normativa de funció pública en totes les administracions públiques que el mateix EBEP enuncia.

26. La disposició final quarta de l'EBEP estableix que el que es preveu en els seus capítols II i III del títol III, excepte l'article 25.2, i en el capítol III del títol V produirà efectes a partir de l'entrada en vigor de les lleis de funció pública que es dictin en desenvolupament del mateix EBEP.

No obstant això, no es fa referència expressa a la possibilitat que les normes de desenvolupament de l'EBEP puguin introduir modificacions en la regulació de l'accés a l'ocupació pública que el mateix Estatut conté, si bé el seu article 37 inclou dins de les matèries que seran objecte de negociació en l'àmbit corresponent de cada Administració pública les normes que fixen els criteris generals en matèria d'accés. La manera en què pugui resultar afectada la vigent regulació de l'accés de les persones amb discapacitat a l'ocupació pública un cop s'hagin aprovat totes les normes de desenvolupament de l'EBEP ara mateix és imprevisible, si bé cal concloure que les peculiaritats que puguin presentar en aquest àmbit aquestes normes s'han de sotmetre als principis que estableix l'article 59 del mateix EBEP, un precepte en el qual, per cert, no es fa cap referència a la normativa de desenvolupament esmentada.

Cal tenir en compte que l'article 59 s'inclou en el capítol I del títol IV de l'EBEP, dedicat a l'accés a l'ocupació pública i a l'adquisició de la relació de servei, que s'obre amb l'article 55 per assenyalar que les administracions públiques, entitats i organismes als quals es refereix l'article 2 del mateix Estatut seleccionaran el seu personal funcionari i laboral mitjançant procediments en què es garanteixin els principis constitucionals, i també els que s'assenyalen en el mateix article, amb l'única excepció d'aquelles administracions públiques que, en l'àmbit de les seves competències, hauran de preveure la selecció d'empleats públics degudament capacitats per cobrir els llocs de treball a les comunitats autònomes que tinguin dues llengües oficials. Aquest sembla que és, doncs, l'únic marge establert fora de les previsions que l'EBEP conté en aquesta matèria i, per tant, no es podria dur a terme cap altre desenvolupament respecte a la quota de reserva d'ocupació per a persones amb discapacitat.

El mateix article 59 de l'EBEP conté una previsió dirigida a la seva normativa de desenvolupament en relació amb les mesures necessàries per establir les adaptacions i ajustos raonables de temps i mitjans en el procés selectiu i, un cop superat aquest procés, les adaptacions en el lloc de treball a les necessitats de les persones amb discapacitat. En aquests aspectes, l'EBEP ordena a totes les administracions públiques que adoptin aquestes mesures, de manera que les mesures podran aparèixer a les normes corresponents a cadascuna, un cop es vagin produint. En l'actualitat, i considerant que la normativa de funció pública de moltes comunitats autònomes és anterior a la publicació de l'EBEP, el cert és que no podem trobar exemples significatius d'adopció d'aquestes mesures en aquests àmbits normatius, més enllà de les oportunes referències a la necessitat d'adaptar els processos de selecció i els llocs de treball a les condicions i les circumstàncies que presentin les persones afectades per algun tipus de discapacitat.

Tanmateix, i en relació amb les normes de funció pública autonòmiques aprovades després de l'entrada en vigor de l'EBEP, en matèria de reserva d'ocupació pública per a persones amb discapacitat s'han apreciat alguns supòsits en què

s'ha modificat el contingut de l'article 59 de l'EBEP, amb la qual cosa es discuteix el seu caràcter bàsic i la impossibilitat de desenvolupar-lo. És el cas, per exemple, de la Llei 10/2010, de 9 de juliol, d'ordenació i gestió de la funció pública valenciana (BOE de 6 d'agost de 2010), l'article 55 de la qual estableix que en les ofertes d'ocupació pública d'aquesta comunitat autònoma es reservaria una quota no inferior al 7% de les vacants per ser cobertes per persones amb discapacitat. Atès que en aquells moments l'article 59 de l'EBEP establia una quota del 5%,²⁷ es produïa una ampliació evident de l'obligació mínima de reserva. Actualment coincideixen els percentatges de reserva en la norma estatal i en la valenciana, però aquesta última no va preveure cap reserva específica per a les persones amb discapacitat intel·lectual, per la qual cosa en aquest àmbit s'ha d'entendre modificada pel contingut del vigent article 59 de l'EBEP. Una situació idèntica a l'assenyalada a la Comunitat Valenciana s'ha esdevingut en altres comunitats, com ara a Galícia, ja que la disposició addicional setena del Text refós de la Llei de la funció pública d'aquesta comunitat, aprovat per Decret legislatiu 1/2008, de 13 de març (BOE d'11 de juliol), va establir també una quota de reserva d'ocupació pública del 7%, en aquell moment superior a l'establerta amb caràcter general. Algunes normes posteriors a l'EBEP, però anteriors a la modificació aplicada en el seu article 59 per la Llei 26/2011, han recollit el seu contingut vigent sense presentar diferències significatives en la regulació, incorporant anticipadament la novetat que va provocar a la norma estatal l'adaptació a la Convenció Internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat. Aquest és el cas de l'article 41 de la Llei 4/2011, de 10 de març, de l'ocupació pública de Castella-la Manxa (BOE de 2 de maig de 2011).

En aquells casos en què encara no s'han aprovat normes de funció pública autonòmiques amb posterioritat a l'entrada en vigor de l'EBEP, la reserva d'ocupació pública que es regula acostuma a tenir formulacions molt genèriques i dista molt en amplitud del contingut de la norma estatal, de manera que aquesta norma prevaldrà en tot cas. Això és el que succeeix, per exemple, amb l'article 26 del Decret legislatiu 1/1997, de 31 d'octubre, pel qual s'aprova la refosa en un text únic dels preceptes de determinats textos legals vigents a Catalunya en matèria de funció pública, que estableix, sense precisar cap quota, que el Govern autonòmic ha de promoure les condicions necessàries per facilitar l'accés a la funció pública de persones amb discapacitat en igualtat de condicions que la resta d'aspirants. Posteriorment, la Llei 4/2000, de 26 de maig, de mesures fiscals i administratives (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya de 29 de maig de 2000), va introduir una modificació en l'article 27 d'aquesta norma catalana per establir, en el seu apartat primer, que, amb la finalitat de poder assolir que el 2% de la plantilla fos

27. La quota actual del 7% es va introduir en l'article 59 de l'EBEP mitjançant l'article 11 de la Llei 26/2011, d'1 d'agost, d'adaptació normativa a la Convenció Internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat.

cobert per persones discapacitades que tinguessin reconeguda la condició legal de disminuïdes, es fixava una reserva de fins a un 5% de les places incloses en les ofertes d'ocupació pública.

La Llei 6/1989, de 6 de juliol, de la funció pública basca, en la disposició addicional setena, ja es referia al fet que «els *minusvàlids* seran admesos, en igualtat de condicions amb els altres aspirants, en els procediments de selecció per a l'accés al servei de les administracions públiques basques, sempre que reuneixin les condicions d'aptitud per a l'exercici de la funció» i afegia que «en les proves selectives s'establiran les adaptacions de temps i mitjans que siguin necessàries per a la seva realització per personal *minusvàlid*, sempre que aquesta actuació no es desvirtuï el contingut de la prova ni es redueixi o menyscabi el nivell d'aptitud exigible en la prova». En uns termes semblants es pronuncia el Decret legislatiu 1/1991, de 19 de gener, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei d'ordenació de la funció pública de la Comunitat Autònoma d'Aragó, la disposició addicional cinquena del qual estableix que «els *disminuïts* físics, psíquics o sensorials seran admesos, en igualtat de condicions amb els altres aspirants, a les convocatòries de selecció per a l'accés a l'Administració de la comunitat autònoma quan acreditin l'aptitud necessària per a l'acompliment de la funció» i afegeix que «en les proves selectives s'establiran les adaptacions de temps i mitjans que siguin necessàries per a la seva realització pels aspirants *minusvàlids* i que no desvirtuïn el contingut de la prova respectiva ni impliquin reducció ni menyscabament del nivell de suficiència exigible en la prova». En definitiva, totes aquestes fórmules resulten respectuoses amb els principis constitucionals, però són excessivament moderades quant a la formulació, per la qual cosa queden àmpliament superades en l'actualitat per la concreció de l'article 59 de l'EBEP.

En una de les normes autonòmiques de funció pública més recents, la Llei extremeña 13/2015, de 8 d'abril, s'estableix que l'accés de les persones amb discapacitat a la funció pública de l'Administració de la Comunitat Autònoma d'Extremadura, tant per a personal funcionari com laboral, s'inspirarà en els principis d'igualtat d'oportunitats, no-discriminació, accessibilitat universal i compensació de desavantatges. Específicament, aquesta norma assenyala que, sense perjudici de les adaptacions i adequacions que siguin procedents a favor d'aquests col·lectius, no es podran alterar els requisits de titulació exigibles, de manera que ha de quedar en tot cas acreditada la seva capacitat per a l'acompliment de les funcions pròpies dels cossos, especialitats, agrupacions professionals o categories professionals a què els aspirants vulguin accedir. El més destacat d'aquesta norma, però, és el fet que eleva la quota mínima: en les ofertes d'ocupació pública del seu àmbit d'aplicació es reservarà una quota no inferior al 10% de les vacants perquè siguin cobertes per persones amb discapacitat, sempre que superin els processos selectius i acreditin la seva discapacitat i la compatibilitat amb l'acompliment de les tasques, de manera que progressivament s'arribi al 2% dels efectius totals en

cada administració pública d'Extremadura. Aquesta reserva del mínim del 10% es farà de manera que, almenys, el 2% de les places ofertes les cobreixin persones que acreditin discapacitat intel·lectual i la resta de les places ofertes siguin cobertes per persones que acreditin qualsevol altre tipus de discapacitat. Crida l'atenció el fet que, tot i ampliar el percentatge mínim de reserva, no es modifica el de l'objecte perseguit, la qual cosa reforça els dubtes sobre l'eficàcia d'incrementar sense més ni més la quota mínima.

Per tant, i tal com succeeix amb la resta de matèries regulades en la normativa de desenvolupament de l'EBEP, l'accés de les persones amb discapacitat a l'ocupació pública s'ha de regir pel que disposa l'article 59 de la norma estatal, i cal que això s'apliqui i es desenvolupi coordinadament en els diferents territoris de l'Estat. En aquest sentit, el mateix EBEP regula la Conferència Sectorial d'Administració Pública,²⁸ de la qual depèn la Comissió de Coordinació de l'Ocupació Pública, una de les competències de la qual és precisament «impulsar les actuacions necessàries per garantir l'efectivitat dels principis constitucionals en l'accés a l'ocupació pública». Un cop més, l'aparició progressiva de la normativa de desenvolupament i les actuacions que aquests òrgans de cooperació entre administracions públiques portin a terme condicionaran la valoració final que la reforma pugui merèixer en relació amb la matèria que ens ocupa.

2.3. Procediment per a l'aplicació de la quota de reserva i altres mesures d'acció positiva

En l'àmbit de l'ocupació pública, la quota de reserva del 7% es complementa, des del punt de vista de l'acció positiva, amb el deure d'adaptació. D'una banda, a partir del mandat legal inclòs en l'article 59 de l'EBEP, que exigeix a cada Administració pública l'adopció de les mesures necessàries per establir les adaptacions i els ajustos raonables de temps i mitjans en el procés selectiu i, un cop superat aquest procés, les adaptacions en el lloc de treball a les necessitats de les persones amb discapacitat —una exigència reiterada, en termes semblants o idèntics, en les normes de funció pública autonòmiques aprovades després de l'entrada en vigor de l'EBEP i, en definitiva, present en tots els àmbits territorials atès el caràcter bàsic de la normativa estatal—, el Reial decret 2271/2004, de 3 de desembre, regulador de l'accés a l'ocupació pública i la provisió de llocs de treball de les persones amb discapacitat en l'Administració central, va constituir una fita impor-

28. L'article 100 de l'EBEP estableix el següent: «La Conferència Sectorial d'Administració Pública, com a òrgan de cooperació en matèria d'Administració pública de l'Administració general de l'Estat, de les administracions de les comunitats autònomes, de les ciutats de Ceuta i Melilla, i de l'Administració local, els representants de la qual seran designats per la Federació Espanyola de Municipis i Províncies, com a associació d'entitats locals d'àmbit estatal amb més implantació, sense perjudici de la competència d'altres conferències sectorials o òrgans equivalents, atindrà en el seu funcionament i organització el que estableix la legislació vigent sobre règim jurídic de les administracions públiques».

tant en reflectir al seu article 19.1, amb caràcter estable, el dret de les persones amb discapacitat a adaptacions de temps i de mitjans. D'altra banda, fora de l'àmbit de l'Administració general de l'Estat, s'han aprovat reformes específiques en aquesta matèria, com és el cas, per a la carrera judicial, de l'Acord de 2 d'abril de 2008, del Ple del Consell del Poder Judicial, mitjançant el qual es modifica el Reglament 1/1995, de 7 de juny, de la carrera judicial.

Començant pel procediment per determinar la reserva de places a les convocatòries per a persones amb discapacitat, el Reial decret 2271/2004 fa referència a totes les persones que puguin acreditar aquesta circumstància per qualsevol dels mitjans legalment previstos.²⁹ La participació d'aquestes persones en la convocatòria, que podrà ser un torn independent o incorporar-se en l'ordinària, requerirà que en el moment de la sol·licitud ho facin constar expressament, acompanyant l'acreditació del seu grau de discapacitat i, en el cas d'aquelles persones que tinguin reconeguda una discapacitat intel·lectual, de la tipologia corresponent.

En l'àmbit de l'Administració general de l'Estat, el Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques efectuarà la distribució de la reserva de places donant preferència i més quota de reserva a les vacants en cossos, escales o categories els integrants dels quals normalment facin activitats més compatibles amb la possible existència d'una discapacitat. Un cop determinada aquesta distribució, el nombre de places reservades s'inclourà en la convocatòria corresponent. Per tant, resulta perfectament possible que la reserva no sigui uniforme en totes les convocatòries; de fet, la norma afavoreix que no ho sigui per permetre que s'inclouguin persones amb discapacitat en aquest àmbit públic. La norma també preveu que, en cas que algun dels aspirants amb discapacitat que s'hagi presentat per la quota de reserva de persones amb discapacitat superi els exercicis corresponents, però no obtingui plaça i la seva puntuació sigui superior a l'obtinguda per altres aspirants del sistema d'accés general, l'aspirant sigui inclòs pel seu ordre de puntuació en el sistema d'accés general. D'aquesta manera, s'evita que la quota pugui tenir un efecte totalment contrari al previst i representi un desavantatge per a un aspirant amb discapacitat. És una formulació lògica del legislador, atès que podria passar que les notes obtingudes pels aspirants amb discapacitat fossin clarament superiors a les del torn no restringit, de manera que un candidat del primer grup podria quedar fora del seu torn per nota, però podria entrar al general.

El contingut de les proves selectives serà idèntic per a tots els aspirants, independentment del torn pel qual s'opti, sense perjudici de les adaptacions previstes per a les persones amb discapacitat, a les quals farem referència més endavant. Durant el procediment selectiu es donarà un tractament diferenciat als dos torns,

29. Recordem que s'acredita mitjançant la corresponent resolució o document acreditatiu del reconeixement del grau de discapacitat o, aplicant-hi l'assimilació, la resolució que reconegui alguna de les pensions d'incapacitat permanent o inutilitat assenyalades en l'article 4.2 del TRLGDPD.

pel que fa a les relacions d'admesos, les crides als exercicis i la relació d'aprovat. No obstant això, en acabar el procés, s'elaborarà una relació única en què s'inclouran tots els candidats que hagin superat totes les proves selectives, ordenats per la puntuació total obtinguda, independentment del torn pel qual hagin participat. A més, aquesta relació serà la determinant per a la petició i l'adjudicació de destinacions, si bé els que hagin obtingut places reservades per a persones amb discapacitat podran sol·licitar a l'òrgan convocant l'alteració de l'ordre de prelación per elegir les places dins de l'àmbit territorial que es determini en la convocatòria, per motius de dependència personal, dificultats de desplaçament o altres d'anàlogues, que hauran de ser degudament acreditats. L'òrgan convocant decidirà aquesta alteració quan estigui degudament justificada, i s'haurà de limitar a dur a terme la mínima modificació en l'ordre de prelación necessària per possibilitar l'accés al lloc de treball de la persona amb discapacitat.

La norma també preveu la possibilitat que, en l'àmbit de l'Administració general de l'Estat, l'òrgan convocant pugui sol·licitar al Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques la realització de convocatòries independents, no supeditades a les ordinàries, en les quals les places estaran reservades a persones amb discapacitat. En aquest cas, les proves tindran el mateix contingut i grau d'exigència que les que es facin en les convocatòries ordinàries, sense perjudici de les adaptacions necessàries per a les persones amb discapacitat. Les places incloses en aquestes convocatòries s'han de computar, en tot cas, en la quota reservada en l'oferta d'ocupació pública perquè siguin cobertes per persones amb discapacitat.

Finalment, a les places que es convoquin per a llocs de treball de caràcter temporal que incloguin fase d'oposició i en les quals es convoquin vint places o més en un mateix àmbit de participació, també s'aplicarà la corresponent quota de reserva per a persones amb discapacitat, i s'acumularan les que quedin vacants a les lliures. En aquests casos, les adaptacions de mitjans que es duguin a terme en cap cas han de perjudicar la urgència i la celeritat que han de regir aquests processos.

Pel que fa a les adaptacions, també seran procedents tant si es concorre per torn lliure com per torn reservat,³⁰ i fins i tot en les convocatòries de personal temporal en les condicions que hem vist anteriorment. Aquestes adaptacions no solament se ceneixen a l'àmbit de les proves selectives, sinó que també són presents en altres moments dels processos, com als cursos de formació inclosos en els mateixos processos selectius i els períodes de pràctiques que preveu l'article 61.5 de l'EBEP. El Reial decret 2271/2004 exigeix que l'Administració convocant indiqui expressament la possibilitat d'introduir adaptacions i també que els interessats puguin formular la corresponent petició concreta en la sol·licitud de participació, precisant els ajustos o les adaptacions de mitjans o de temps necessaris per desen-

30. STS de 5 de maig de 2008 (JUR 2008\185402) i SAN de 17 de març de 1998 (RJCA 1998\846).

volupar adequadament les proves, de manera que no s'admetran les sol·licituds vagues o inconcretes.³¹

El Reial decret 2271/2004 es complementa, en aquesta matèria, amb l'Ordre PRE/1822/2006, de 9 de juny, per la qual s'estableixen criteris generals per a l'adaptació de temps addicionals en els processos selectius per a l'accés a l'ocupació pública de persones amb discapacitat. Aquesta norma estableix, en el seu apartat quart, que les persones amb discapacitat hauran d'aportar el dictamen tècnic facultatiu emès per l'òrgan de qualificació del grau de discapacitat, de manera que acreditin de manera fefaent les deficiències permanents que han donat lloc al grau de discapacitat. D'altra banda, en l'apartat cinquè s'estableix que l'òrgan de selecció podria demanar als òrgans tècnics de qualificació del grau de discapacitat un informe en relació amb la necessitat d'adaptació de temps per al desenvolupament de la prova selectiva en cada cas concret. En aquest cas, l'òrgan de qualificació coneixerà prèviament les exigències de les proves i els mitjans disponibles acceptats per l'òrgan de selecció, i també les capacitats de l'aspirant, amb la qual cosa l'informe de l'òrgan tècnic de qualificació haurà de decidir si és idoni adequar la prova i els temps recomanats i, si escau, quines són les consideracions tècniques corresponents. La conseqüència de l'omissió de les mesures d'adaptació sol·licitades i identificades per l'aspirant amb discapacitat donarà lloc a la retroacció de les actuacions fins al moment en què les mesures d'adaptació es van denegar,³² sense que sigui possible esmenar posteriorment l'omissió calculant els resultats que suposadament s'haurien obtingut si s'haguessin concedit les adaptacions.

En relació amb les adaptacions de temps, que no es concediran de manera automàtica, sinó només quan la discapacitat tingui relació directa amb la prova que s'hagi de fer, l'article 7.3 del Reial decret 2271/2004 assenyala que consistiran en «la concessió d'un temps addicional per a la realització dels exercicis», i se'n fixen els criteris generals mitjançant una resolució conjunta dels ministeris d'Hisenda i Administracions Públiques i d'Ocupació i Seguretat Social. Aquesta previsió reglamentària es va desenvolupar en l'Ordre PRE/1822/2006, que ja s'ha esmentat abans, en l'annex de la qual es preveuen ampliacions específiques de temps basades en una àmplia tipologia de deficiències acreditades, de manera que com a màxim es pot concedir el doble del temps normal per a la realització de la prova.

L'article 8.4 del Reial decret 2271/2004 preveu, a més d'aquestes adaptacions de temps, les dels mitjans i els ajustos raonables, definits com un conjunt que per si mateix inclou tres tipus d'ajustos, entre els quals destaquen els que es refereixen als mitjans materials i humans, les assistències i els suports i les ajudes tècniques

31. STSJ del País Basc de 30 de juny de 2005 (JUR 2005\487).

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

o tecnològiques assistides que es necessitin per a la realització de les proves. En aquest cas, en absència de previsió en el reial decret de desenvolupament específic,³³ l'òrgan de selecció haurà de resoldre cas per cas, en la mesura que hi hagi relació entre la discapacitat i la prova que s'ha de dur a terme. Pot servir com a exemple d'aquest tipus d'adaptacions l'ampliació de la mida de la lletra del qüestionari de la prova selectiva, tal com es recull en la STSJ del País Basc de 30 de juny de 2005 (JUR 2005\207202).

Per la seva banda, el Reial Patronat sobre Discapacitat ha assenyalat com a norma de funcionament dels processos selectius que «no és discutible la necessitat d'una màquina de mecanografia en braille per als cecs o, si escau, d'un intèrpret de llenguatge de signes i/o l'adaptació escrita de les preguntes per als aspirants sords que ho necessitin». Tampoc no sembla que es puguin qüestionar altres adaptacions que se sol·liciten sovint, com és el cas de cadires o taules especials o bé l'atenció especialitzada en la transmissió de les instruccions de realització de l'exercici. En tot cas, les adaptacions de mitjans no poden comportar una reducció de les exigències funcionals del lloc de treball que s'hagi de desenvolupar,³⁴ si bé han de ser acceptades quan signifiquin una compensació d'un desavantatge, en termes de proporcionalitat, i han d'abraçar no tan sols el procés selectiu com a tal, sinó també l'accessibilitat de la informació i la comunicació dels processos, d'una banda, i l'accessibilitat del mateix recinte o espai físic on es desenvolupin les proves, de l'altra.

Un cop superat el procés selectiu, el deure d'adaptació inclourà tant l'adjudicació del lloc de treball com l'adaptació d'aquest lloc de treball. Per al primer cas, el Reial decret 2271/2004 estableix, en el seu article 9, regles específiques per a aspirants amb discapacitat que hagin estat admesos en convocatòria ordinària amb places reservades, i preveu, en el seu article 3.3, que quan s'acabi el procés s'elaborarà una relació única d'aprovat, que inclourà els opositors per torn obert i per torn reservat, ordenada a partir de la puntuació total que hagi obtingut cada candidat. Amb tot, només les persones amb discapacitat que hagin obtingut plaça per torn reservat podran sol·licitar a l'òrgan convocant l'alteració de l'ordre de relació per triar la destinació.

Per acabar, i pel que fa a les adaptacions dels llocs de treball, podran ser de caràcter estructural o organitzatiu. En aquest sentit, l'article 10 del Reial decret 2271/2004 reconeix aquest dret a les persones amb discapacitat, després d'un informe de l'òrgan competent que acrediti, d'una banda, la procedència o la ne-

33. La manca d'una disposició específica com l'Ordre PRE/1822/2006, de temps, pot generar més dubtes, per la qual cosa guanya interès l'informe dels òrgans tècnics de l'Administració laboral, de l'Administració sanitària o dels òrgans del Ministeri d'Ocupació i Seguretat Social.

34. STS de 19 de maig de 2006 (RJ 2006\2372). Les adaptacions de mitjans no han de consistir en una reducció, per exemple, de l'esforç que s'ha de fer en les proves d'aptitud física quan s'entengui que la realització de l'esforç és necessari per a l'acompliment de la funció.

cessitat de l'adaptació i, de l'altra, la compatibilitat entre la discapacitat i les funcions atribuïdes al lloc o llocs de treball després de la introducció de l'adaptació. D'altra banda, l'article 12 del mateix reial decret determina que l'Administració ha de fomentar la formalització de convenis amb entitats relacionades amb la discapacitat, orientats a la realització de projectes d'ocupació amb suport, amb la finalitat de facilitar la integració en el sector públic estatal de persones amb discapacitat que presenten especials dificultats; partint d'aquesta base, hi caben adaptacions orientades al suport o l'acompanyament laboral previst per a empleats públics afectats per especials dificultats i que en l'àmbit de l'empresa és regulat en el Reial decret 870/2007, de 2 de juliol. Aquests convenis, si es vol aconseguir la integració de persones amb especials dificultats, haurien de ser finançats per l'Administració de l'Estat.

2.4. Normativa catalana en la matèria

Com ja hem assenyalat, a Catalunya es manté vigent, amb les adaptacions i actualitzacions corresponents, la normativa de desenvolupament prèvia a l'entrada en vigor del primer EBEP. El Decret legislatiu 1/1997 és, per tant, la normativa de referència també en matèria d'accés a l'ocupació de persones amb discapacitat en aquest àmbit territorial. Destaca en aquesta matèria el Decret autonòmic 66/1999, de 9 de març, sobre l'accés a la funció pública de les persones amb discapacitat i dels equips de valoració multiprofessional, una norma que va ser aprovada com a desenvolupament de les previsions incloses en la normativa general vigent en aquells moments —Llei 30/1984— i en el mateix Decret legislatiu 1/1997. Aquesta norma és aplicable en l'àmbit de la Generalitat de Catalunya i, en absència de normativa específica, en la funció pública local en aquest territori.

El Decret 66/1999 té per objecte l'establiment de les garanties necessàries per facilitar l'accés a la funció pública de les persones amb discapacitat en igualtat de condicions amb la resta d'aspirants, i també la regulació de les funcions dels anomenats *equips multiprofessionals de valoració* en l'àmbit de la funció pública. Les funcions bàsiques d'aquests equips són emetre els dictàmens i prestar el suport tècnic necessari als tribunals i òrgans tècnics de selecció, d'acord amb la normativa vigent en matèria de funció pública de l'Administració de la Generalitat de Catalunya.

Amb la finalitat d'acomplir el mandat constitucional i legal d'igualtat d'oportunitats i no-discriminació en l'accés a l'ocupació pública de les persones amb discapacitat, la norma catalana estableix que en les convocatòries de processos selectius de nou ingrés i de promoció interna no es podran establir exclusions dels aspirants motivades en limitacions psíquiques, físiques o sensorials, sempre que, d'acord amb el dictamen emès per l'equip multiprofessional a què hem fet referèn-

cia anteriorment, avaluat pels tribunals i òrgans tècnics de selecció, es puguin desenvolupar de manera suficient i autònoma les funcions i les tasques assignades als llocs de treball objecte de la convocatòria. Per tant, i seguint la línia de la normativa anterior a l'EBEP, aquesta norma de desenvolupament posa l'èmfasi en la no-discriminació amb una formulació negativa; és a dir, allò que és rellevant és la no-exclusió de les persones amb discapacitat sempre que, evidentment, acrediti la capacitat funcional suficient per desenvolupar les tasques pròpies del lloc de treball al qual s'aspiri en cada cas. Així, doncs, no hi ha una formulació positiva específica en termes d'acció que garanteixi la igualtat d'oportunitats d'aquestes persones en aquests processos selectius.

Pel que fa al percentatge de reserva d'ocupació, la norma feia referència al percentatge vigent aleshores, que era el 3%. Per tant, en aquest punt s'ha d'entendre que ha estat modificada i millorada per les previsions de l'EBEP, de manera que, amb caràcter general, aquest percentatge serà del 7%, amb la necessitat de la «reserva interna» del 2% per a les persones amb discapacitat intel·lectual.

Els dictàmens que emetin els equips multiprofessionals que regula el Decret 66/1999 han de contenir els aspectes següents:

- a) Determinació del grau de disminució.
- b) Compliment de les condicions d'aptitud personal en relació amb el lloc de treball.
- c) Necessitat d'adaptacions de temps i mitjans materials per a la realització de les proves.
- d) Necessitat d'adaptació del lloc de treball.
- e) Existència de dificultats d'integració laboral i d'autonomia personal.

Es tracta, per tant, d'un informe individualitzat en el qual han de quedar reflectits els dos aspectes objectius més rellevants —el grau de discapacitat i el compliment dels requisits de capacitat funcional—, però que també preveu valoracions importantíssimes en el moment de determinar les adaptacions necessàries, tant a l'hora de configurar les proves que formaran part del procés selectiu —que han de ser idèntiques per a tots els candidats però que es podran fer de manera diferent, adaptada, per als qui tinguin reconeguda una discapacitat— com a l'hora de preveure les dificultats que, un cop superades les proves, puguin aparèixer en el moment de desenvolupar el lloc de treball al qual s'aspira. Aquests darrers aspectes poden no tenir una gran rellevància en el marc del procés selectiu, però poden resultar determinants a l'hora de modificar l'ordre de prelatió en l'elecció dels llocs de treball dins de la relació de llocs de treball o en el moment d'aplicar correccions o adaptacions en el desenvolupament de l'activitat professional en aquests llocs de treball per a les persones amb discapacitat. El mateix Decret 66/1999 preveu que les persones que per consideració a la seva discapacitat accedeixen a la condició de funcionaris per la via de reserva tenen el dret preferent a escollir les vacants, si escau, en el torn respectiu, quan l'assignació de llocs de treball s'efectuï per l'ordre

de puntuació obtingut en el sistema selectiu, i d'acord amb el que disposi el dictamen de l'equip multiprofessional quant a la seva capacitat per desenvolupar les funcions dels llocs de treball objecte de la convocatòria.

Les persones amb discapacitat que vulguin accedir a la funció pública seran admeses a la realització de les proves selectives, els cursos de formació o la fase de prova sense que hagin d'acreditar les seves condicions físiques, psíquiques o sensorials abans que comenci la prova, el curs o la fase de prova. Això no obsta perquè, un cop superat el procés selectiu, en presentar la documentació per ser nomenat o contractat, hagin d'acreditar, igual que la resta d'aspirants, la seva capacitat per desenvolupar les funcions del lloc de treball que s'ha de proveir i prestar el servei públic corresponent. Amb tot, en el cas de les persones amb discapacitat que vulguin accedir a la funció pública per la via de reserva en el torn respectiu hauran de presentar al tribunal o òrgan tècnic de selecció un dictamen vinculant de les seves condicions psíquiques, físiques o sensorials, expedit per l'equip multiprofessional competent, que ha de ser emès abans del començament de la primera prova selectiva. Així, doncs, s'estableix una excepció a la regla general quan es tracta del torn restringit per a persones amb discapacitat.

D'altra banda, el Decret 66/1999 preveu els dos tipus d'adaptacions clàssics: en les proves i en els llocs de treball. En relació amb les primeres, es diu que les persones amb discapacitat podran demanar en la sol·licitud de participació en les convocatòries dels processos selectius de nou ingrés i de promoció interna l'adaptació o adequació de temps i mitjans materials per a la realització de les proves previstes en les bases de les convocatòries, de manera que els tribunals i els òrgans tècnics de selecció hauran de decidir allò que calgui sobre les peticions d'adaptacions que s'efectuïn. Per això, la norma diu que prendran en consideració que no comportin una despesa excessiva i, amb aquesta finalitat, es podrà demanar un informe sobre la sol·licitud d'adaptació als equips de valoració multiprofessional. Sembla censurable aquesta manca de concreció en la norma reglamentària, atès que el concepte *despesa excessiva* és jurídicament indeterminat, cosa que provoca una notable absència de seguretat jurídica. Caldrà confiar, per tant, en cada cas, en la prudència dels equips multiprofessionals. De tota manera, aquesta norma no mereix més censura que altres amb rang de llei, com el mateix TRLGDPD, que fa servir conceptes com *ajust raonable* o *càrrega excessiva* a l'hora de delimitar les obligacions d'adaptació en l'ocupació ordinària —article 40—, fet que provoca el mateix efecte d'incertesa. A la pràctica, això es tradueix en molts casos en una infrautilització d'aquestes mesures.

Per acabar amb el contingut d'aquesta norma, el Decret 66/1999 estableix, en el seu article 7, que les persones amb discapacitat podran demanar en la sol·licitud de participació l'adaptació del lloc o llocs de treball sol·licitats sempre que aquesta adaptació no impliqui una modificació exorbitant en el context de l'organització o sigui incompatible amb el contingut del lloc de treball i el servei públic

que ha de prestar. A aquest efecte, els tribunals o òrgans tècnics de selecció podran demanar a l'interessat, mitjançant una entrevista personal o altres mitjans adients, la informació que considerin necessària per a l'adaptació sol·licitada, i també serà possible demanar el dictamen corresponent als equips multiprofessionals o òrgans tècnics competents en relació amb la procedència d'aquesta adaptació i de la compatibilitat amb el desenvolupament de les funcions i les tasques del lloc de treball concret. En tot cas, en les respectives convocatòries han d'aparèixer regulats aquests aspectes, i les adaptacions del lloc de treball es faran, si escau, quan la plaça hagi estat adjudicada, cosa que sembla completament lògic. Potser, una altra vegada, el recurs al concepte indeterminat de *modificació exorbitant* pot presentar algun problema, si bé en aquest cas el terme que el legislador ha triat fa entendre que només es podrà obviar la modificació en aquells casos en què sigui raonablement impossible de dur-la a terme. En aquestes condicions, podríem convenir que allò habitual serà l'adaptació i allò excepcional serà la manca d'adaptació.

També cal fer una referència, en aquest àmbit de l'ocupació pública de les persones amb discapacitat a Catalunya, a les previsions incloses a la Llei 8/2006, de 5 de juliol, de mesures de conciliació de la vida personal, familiar i laboral del personal al servei de les administracions públiques de Catalunya. L'article 25 d'aquesta norma preveu que les persones amb una discapacitat legalment reconeguda que, per aquest motiu, han de rebre tractament en centres públics o privats, tenen dret a una reducció de jornada de treball equivalent al temps que han de dedicar a aquest tractament, sense pèrdua de les seves retribucions íntegres. Per gaudir d'aquesta reducció de jornada cal un informe del servei mèdic corresponent que justifiqui la necessitat del tractament, la periodicitat o la durada aproximada i la necessitat que es dugui a terme en l'horari laboral. Es tracta, en aquest cas, d'una mesura d'acció positiva un cop superat el procés selectiu i assignada la plaça corresponent a la persona amb discapacitat. No es diu expressament en la norma, però el benefici sembla aplicable tant en els casos de discapacitat originària com en aquells en què la discapacitat és sobrevinguda. Amb caràcter general, les normes d'acció positiva són aplicables a ambdós tipus de discapacitat, tot i que a vegades poden produir conflictes amb altres àmbits normatius. Això és el que passa, per exemple, amb les normes que regulen les «segones activitats» de certs col·lectius —bombers o policies, per exemple— com a mesures d'acció positiva, que poden entrar en conflicte amb les normes reguladores de les incompatibilitats de les pensions de la Seguretat Social per incapacitat permanent.

3. La gestió i el foment de l'ocupació de les persones amb discapacitat i la quota de reserva del TRLGDPD

3.1. El paper de l'Administració pública en la gestió i el foment de l'ocupació de les persones amb discapacitat

L'Estat no solament té implicacions directes, com a ocupador, en la inclusió laboral de les persones amb discapacitat, sinó que, a més, regula la intermediació en l'ocupació d'aquestes persones i estableix diferents mecanismes per afavorir-la. És ben cert que l'intervencionisme públic en la gestió i el foment de l'ocupació en general, i també respecte a l'ocupació de les persones amb discapacitat en particular, ha canviat substancialment des de l'entrada en vigor de l'Estatut dels treballadors del 1980 fins a l'actualitat. En aquella norma es deia que els empresaris estaven obligats a sol·licitar de les oficines d'ocupació els treballadors que necessessin i també a comunicar l'acabament dels contractes de treball dels quals formessin part.³⁵ Actualment, l'Estat ja no té el monopoli de la intermediació pública, per la qual cosa hi ha la possibilitat de contractació directa per als empresaris, que, d'altra banda, també poden acudir a agències privades de col·locació, recollides en l'article 32 del vigent Text refós de la Llei d'ocupació, aprovat per Reial decret legislatiu 3/2015, de 23 d'octubre.

No obstant això, encara queden alguns residus en normativa antiga de l'exigència d'intermediació pública, com és el cas del Reial decret 1451/1983, d'11 de maig, l'article 4 del qual exigeix a les empreses públiques o privades obligades per la quota de reserva del 2% —aleshores regulada en l'article 38.1 de la LISMI— que contractin treballadors amb discapacitat «entre els quals hi hagi inscrits com a tals en el corresponent registre de treballadors amb discapacitat de l'oficina de treball». La mateixa norma exigeix que les empreses sol·licitin els treballadors amb discapacitat de la corresponent oficina de treball, amb una descripció detallada

35. Article 16 de la Llei 8/1980, de 10 de març. El mateix precepte exonerava d'aquesta obligació les empreses només quan no hi hagués oficina de treball a la localitat, o l'oficina no els facilités en el termini de tres dies els treballadors sol·licitats, o no contractessin els que l'oficina els hagués facilitat. Fins i tot en aquests supòsits, en els quals es podia dur a terme la contractació sense intermediació pública, continuava essent obligatòria aquesta comunicació a l'oficina de treball corresponent.

dels llocs de treball que s'han de cobrir, les característiques tècniques d'aquestes feines i la capacitat que ha de tenir el treballador per cobrir aquest lloc de treball. En el context normatiu actual, aquestes exigències han deixat de tenir sentit, si bé cal considerar que poden continuar essent un requisit exigible per accedir als beneficis econòmics que aquesta norma preveu per a la contractació de persones amb discapacitat, els quals consisteixen en subvencions per a la contractació indefinida i per a l'adaptació de llocs de treball o l'eliminació de barreres per a aquestes persones en el seu entorn laboral. Cal assenyalar que, a la pràctica, aquestes subvencions no es reconeixen en l'actualitat a moltes comunitats autònomes, en la majoria dels casos a causa de les restriccions pressupostàries.

Però al marge de la referència al paper mediador de les administracions públiques en la gestió de l'ocupació de les persones amb discapacitat, és obligada l'anàlisi de les polítiques d'ocupació d'aquestes persones que s'apliquen actualment. Val a dir que en els darrers anys ha adquirit un protagonisme notable la presència, tant en el dret intern com en l'europeu, de l'anomenat *soft law* en aquesta matèria; ens referim a l'aprovació i la publicació de diferents plans i estratègies que fixen els objectius últims de les polítiques d'ocupació i els mecanismes per dur-los a terme, però que no són immediatament operatius ni vinculants per l'executor d'aquestes polítiques, que no és altre que la mateixa Administració pública. D'aquesta manera, el legislador mostra obertament les seves tendències polítiques a l'hora de dissenyar un marc regulador de l'ocupació de les persones amb discapacitat, però ho fa d'una manera que no obliga *ab initio*, és a dir, que no són lleis o reglaments amb valor normatiu des de la seva entrada en vigor, sinó que plantegen els escenaris normatius que seran necessaris per dur a terme aquestes polítiques. No cal dir que molt sovint el contingut d'aquestes estratègies i plans no queda ratificat per l'aprovació de normes que en permetin la total aplicació.

Començarem fent referència a l'Estratègia Europea sobre Discapacitat 2010-2020: un compromís renovat per a una Europa sense barreres (comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, al Consell, al Comitè Econòmic i Social Europeu i al Comitè de les Regions, de 15 de novembre de 2010). Aquesta estratègia europea assenyala que una de cada sis persones de la Unió té alguna discapacitat i que, sovint, aquesta circumstància impedeix la participació normal en la vida social i econòmica a causa de barreres físiques i de l'actitud de la resta de la societat. Això es tradueix en el fet que l'índex de pobresa de les persones amb discapacitat és un 70% superior a la mitjana, en part perquè tenen menys accés a l'ocupació. Considerant que la crisi econòmica ha repercutit negativament en la situació de les persones amb discapacitat, resulta encara més imperatiu actuar, de manera que l'estratègia vol millorar les vides d'aquestes persones i aportar més beneficis a la societat i a l'economia sense imposar una burocràcia innecessària a la indústria i a les administracions públiques.

En l'àmbit concret de l'ocupació, l'Estratègia Europea sobre Discapacitat l'assenyala com un dels vuit eixos primordials d'actuació, juntament amb l'accessibilitat, la participació, la igualtat, l'educació i la formació, la protecció social, la sanitat i l'acció exterior. Especialment, es fa referència a la necessitat de garantir la igualtat d'oportunitats de les persones amb discapacitat en els termes recollits en la Directiva 2000/78/CE, per afavorir la diversitat i lluitar contra la discriminació mitjançant campanyes de sensibilització a escala nacional. És en aspectes com aquest en els quals es mostra la debilitat d'aquests mecanismes estratègics, ja que l'èxit de les seves propostes queda totalment condicionat per l'assumpció de compromisos reals en els diferents estats. A Espanya, per descomptat, no és especialment apreciable l'esforç de sensibilització a què es refereix aquesta estratègia.

Per aconseguir l'objectiu de la plena integració de les persones amb discapacitat en el nostre mercat de treball cal oferir llocs de treball de qualitat, ja que només així s'assegura una independència econòmica, es fomenten els èxits personals i s'ofereix la millor protecció enfront de la pobresa. No obstant això, la taxa d'ocupació de les persones amb discapacitat a Europa se situa només entorn del 50%. Les propostes de l'Estratègia Europea sobre Discapacitat per aconseguir aquests fins són, bàsicament, les següents:

- Facilitar als estats membres anàlisis, orientacions polítiques, intercanvis d'informació i altres tipus de suport.

- Fer conèixer millor la situació de les dones i els homes amb discapacitat respecte a l'ocupació, identificant reptes i proposant solucions.

- Prestar una atenció especial als joves amb discapacitat en la seva transició de l'educació a l'ocupació.

- Abordar la mobilitat interna en el mercat laboral «obert» i en tallers protegits per mitjà de l'intercanvi d'informació i de l'aprenentatge mutu.

- Tractar la qüestió de les activitats per compte propi i de les ocupacions de qualitat, sense oblidar aspectes com les condicions de treball i la promoció professional, amb la participació dels interlocutors socials.

- Intensificar el suport a les iniciatives voluntàries que promouen la gestió de la diversitat en el lloc de treball, com ara les «cartes de la diversitat» signades per l'empresa o les iniciatives d'empresa social.

Els esforços nacionals, per la seva banda, han d'anar encaminats a analitzar la situació de les persones amb discapacitat en el mercat laboral; lluitar per evitar que les persones amb discapacitat caiguin en el parany o entrin en la cultura de les prestacions per discapacitat, que els dissuadeixen d'entrar al mercat laboral; contribuir a la seva integració en el mercat laboral mitjançant el Fons Social Europeu (FSE); desenvolupar polítiques actives del mercat; millorar l'accessibilitat dels llocs de treball; desenvolupar serveis de col·locació professional, estructures de suport i formació al lloc de treball, i promoure l'ús del Reglament general d'exempció per categories, que permet concedir ajudes estatals sense notificació prèvia a la

Comissió. En definitiva, una tasca àrdua per a les administracions públiques, que, com ja hem assenyalat, sovint no són capaces de traslladar a la realitat pràctica totes les iniciatives que planteja aquesta estratègia.

Com a conseqüència, entre d'altres, de l'Estratègia Europea sobre Discapacitat, en l'àmbit estatal espanyol s'ha aprovat l'Estratègia Espanyola sobre Discapacitat 2012-2020, publicada pel Ministeri de Sanitat, Política Social i Igualtat, la qual fa una referència especial, també, a la Convenció Internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat i a la Llei 26/2011, que va adaptar la normativa interna espanyola a aquesta convenció. Seguint la línia europea, s'assenyala que la discapacitat és una circumstància present en totes les societats, fins al punt que afecta el 15% de la població mundial, de manera que ignorar aquestes persones equival a renunciar a aquest percentatge de talent en les nostres societats. En el moment de l'aprovació d'aquesta estratègia, el nombre total de persones residents a llars espanyoles que declaraven tenir alguna discapacitat pujava a 3.847.900, cosa que comportava un 8,5% de la població. D'aquestes persones, 2,3 milions són dones i 1,55 milions són homes, la qual cosa significa en termes relatius que si de cada 100 homes 7 diuen que tenen una discapacitat, en les dones aquesta relació augmenta a 10 de cada 100.

L'Estratègia Espanyola sobre Discapacitat es presenta com un instrument vàlid, juntament amb altres iniciatives sectorials concretes —com ara l'Estratègia Global d'Acció per a l'Ocupació de les Persones amb Discapacitat 2008-2012 o l'Estratègia Integral Espanyola de Cultura per Tothom—, per aconseguir els objectius d'igualtat d'oportunitats i igualtat de tracte de les persones amb discapacitat en l'àmbit laboral. En aquest sentit, és fonamental la sensibilització de tots els sectors de la població i, també, una potenciació de l'accessibilitat en l'accés a l'ocupació i en el desenvolupament de la feina. Les mesures estratègiques plantejades per a la consecució d'aquests fins són les següents:

- Impulsar el desenvolupament d'ocupabilitat d'un nombre creixent de persones amb discapacitat per garantir el compliment de l'objectiu general d'ocupació del Programa nacional de reformes d'Espanya 2011.

- Incorporar en la futura Estratègia Espanyola d'Ocupació el factor de la discapacitat mantenint els avenços normatius en vigor i millorant-los, amb una garantia de mínims comuns entre les diferents comunitats autònomes.

- Promoure les actuacions necessàries per fomentar i desenvolupar la nova economia de la discapacitat.

- Promoure actuacions específicament dirigides a impulsar la incorporació de les dones amb discapacitat al mercat laboral, en igualtat d'oportunitats.

Finalment, cal assenyalar que l'Estratègia Espanyola sobre Discapacitat actualment té un pla d'acció, elaborat per la Direcció General de Polítiques de Suport a la Discapacitat, dependent de la Secretària d'Estat de Serveis Socials i Igualtat del Ministeri de Sanitat, serveis Socials i Igualtat, i aprovat per Acord del Consell

de Ministres de 12 de setembre de 2014, que desenvolupa els continguts de la mateixa estratègia. En matèria d'ocupació, aquest pla té l'objectiu estratègic de promoure el dret al treball de les persones amb discapacitat, en condicions que garanteixin l'aplicació dels principis d'igualtat de tracte i no-discriminació. Per aconseguir aquest objectiu estratègic es plantegen cinc objectius operatius —que es tradueixen en tretze mesures concretes—, que són els següents:

- Promoure l'accés de les persones amb discapacitat a l'ocupació.
- Promoure l'emprenedoria de les persones amb discapacitat.
- Assegurar per a les persones amb discapacitat condicions laborals dignes i la igualtat d'oportunitats en l'ocupació, i també afavorir la conciliació.
- Fomentar la contractació pública socialment responsable.
- Conscienciar l'empresariat i el sector públic de les capacitats laborals de les persones amb discapacitat.

Així, doncs, la càrrega de responsabilitat que assumeixen les administracions públiques en la gestió i el foment de l'ocupació de les persones amb discapacitat, tot i la pèrdua de protagonisme en la intermediació, és notable. Algunes de les mesures que proposen aquestes estratègies i plans són clarament transportables a la pràctica i no requereixen aprovació posterior de normes, però en altres casos resulta impossible implementar els continguts estratègics i planificats sense passar pel butlletí oficial. I això no sempre passa.

3.2. L'acció positiva com a garantia d'igualtat d'oportunitats en l'accés a l'ocupació: la quota de reserva del TRLGDPD

Com ja hem vist, la discriminació que pot generar la discapacitat s'ha de combatre amb mesures d'acció positiva que garanteixin la igualtat d'oportunitats de les persones amb discapacitat i el desenvolupament de l'activitat professional d'aquestes persones en condicions d'igualtat de tracte. En primer terme, cal assenyalar que l'acció positiva en l'àmbit de l'ocupació admet dues possibilitats: l'anomenada acció positiva indirecta o promocional, basada en la incentivació econòmica de la contractació de persones amb discapacitat, i l'acció positiva directa o imperativa, que imposa l'obligació a determinades empreses de contractar persones amb discapacitat.

En relació amb les accions positives promocionals, actualment a Espanya se centren bàsicament en dos grans mecanismes: les bonificacions i reduccions de les quotes de la Seguretat Social, d'una banda, i les subvencions a la contractació de persones amb discapacitat, de l'altra. Les accions promocionals i les imperatives són compatibles entre elles i poden coincidir en un mateix subjecte, és a dir, en una mateixa empresa, de manera que pot restar obligada a complir amb un nombre mínim de contractacions de persones amb discapacitat i, simultàniament,

beneficiar-se econòmicament per aquestes contractacions. No obstant això, i atès que centrem l'atenció exclusivament en l'àmbit públic, en aquest apartat tractarem les mesures d'acció positiva directa, ja que, com veurem de seguida, les promociònals tenen un recorregut escassíssim en aquest àmbit.

En efecte, la Llei 43/2006, de 29 de desembre, per a la millora i el creixement de l'ocupació, regula en el seu article 2 els incentius econòmics de la contractació de persones amb discapacitat, tant si és temporal com indefinida. Aquests incentius consisteixen en bonificacions en les quotes empresarials de la Seguretat Social, i el seu import es fixa entre 4.500 i 6.300 euros anuals en el cas de contractacions indefinides a jornada completa, i entre 3.500 i 5.300 euros anuals en el cas de les contractacions temporals de foment de l'ocupació a jornada completa; per als contractes a temps parcial, l'article 2.7 de la Llei estableix regles de proporcionalitat en les bonificacions. En tots dos casos, els factors que determinen que la bonificació sigui més gran o més petita són l'edat, el sexe i la tipologia de discapacitat. Així, les dones, les persones de més de quaranta-cinc anys i les persones amb discapacitats severes generen bonificacions més altes. A aquest últim col·lectiu pertanyen els qui acrediten una discapacitat intel·lectual, una malaltia mental o una paràlisi cerebral en grau igual o superior al 33% o bé qualsevol altre tipus de discapacitat en grau no inferior al 65%. A més, com ja hem tingut ocasió d'assenyalar, el Reial decret 1451/1983 continua preveient l'aplicació de subvencions a la contractació de persones amb discapacitat.

No obstant això, la mateixa Llei 43/2006 va representar un punt d'inflexió pel que fa a les administracions públiques, ja que el seu article 1.4 estableix que quedaran exclosos d'aquests beneficis l'Administració general de l'Estat i els organismes regulats al títol III i a la disposició addicional desena de la Llei 6/1997, de 14 d'abril, d'organització i funcionament de l'Administració general de l'Estat, i també les administracions autonòmiques i les entitats locals i els seus organismes públics.³⁶ Així, doncs, cap Administració pública podrà acollir-se a aquestes bonificacions, ni directament ni per mitjà d'organismes públics, fet que sembla raonable si considerem que aquests incentius tenen la finalitat de promoure l'ocupació de les persones amb discapacitat, cosa que en el cas de les administracions públiques no es fa, com hem pogut comprovar, de manera directa, sinó per mitjà de la reserva de places en les ofertes d'ocupació pública. Per tant, com que l'Administració té l'obligació de reservar llocs de treball per a persones amb discapacitat en les convocatòries, i atès que aquestes convocatòries es regeixen pels principis de mèrit i capacitat i no pel de llibertat contractual, no té sentit establir incentius econòmics en aquest àmbit per a la contractació de persones amb discapacitat, ja que

36. Derogada la Llei 6/1997, la normativa reguladora d'aquesta matèria actualment s'inclou en la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, l'article 2 de la qual defineix el seu àmbit subjectiu.

aquesta contractació no depèn de la decisió de l'ocupador, sinó dels mèrits i les capacitats dels candidats.

Aquesta exclusió afectarà tant l'ocupació ordinària com l'ocupació protegida, atès que les bonificacions aplicables als centres especials d'ocupació també es van incorporar a la Llei 43/2006, per la qual cosa queden afectades pel contingut de l'article 1.4, que ja hem vist. Per tant, l'ocupació protegida, quan sigui de titularitat pública, també està privada d'aquesta incentivació promocional. Una altra cosa és que el centre especial d'ocupació sigui d'iniciativa pública, però la seva organització i gestió se situï fora de l'àmbit de les administracions públiques; en aquest cas, la regla serà la llibertat contractual i, consegüentment, seran aplicables els incentius econòmics que preveu la Llei 43/2006. En els casos dels centres especials d'ocupació l'incentiu consisteix en una bonificació del 100% de la quota empresarial de la Seguretat Social, sigui quin sigui el tipus de contracte acordat amb una persona amb discapacitat.

3.2.1. Reserva d'ocupació en el sector públic: quota de reserva del 7% i quota de reserva del 2%

Excloses, doncs, les possibilitats d'incentivació econòmica de la incorporació de persones amb discapacitat en l'àmbit públic, podem concloure que el legislador ha dipositat totes les seves esperances de millora de la situació d'ocupació de les persones amb discapacitat en el sector públic en les quotes de reserva. Ja hem vist en el capítol anterior la configuració de la reserva d'ocupació pública per mitjà dels torns restringits per a persones amb discapacitat en les ofertes i en les convocatòries d'ocupació pública, a més d'altres mesures d'acció positiva directa relacionades amb la realització de les proves selectives i el desenvolupament de l'activitat professional per part d'aquestes persones. No obstant això, la redacció de l'article 42.1 del TRLGDPD conté una referència interessant a l'àmbit públic que fa que en realitat s'hi plantegin totes dues vies de reserva. Aquest precepte assenyala que les empreses³⁷ públiques i privades que donin feina a un nombre de cinquanta treballadors o més tindran l'obligació que, entre ells, com a mínim el 2% siguin treballadors amb discapacitat. Per tant, les empreses públiques no estan obligades a la quota de reserva del 7%, sinó a la contractació efectiva d'un 2%, com a mínim, de persones amb discapacitat. El Criteri tècnic 98/2014 de la Direcció General de la Inspecció de Treball i Seguretat Social, ja esmentat anteriorment, indica que cal entendre per empreses públiques en l'àmbit de l'Administració ge-

37. Cal notar que el precepte no fa cap referència als grups d'empreses, cosa que impedirà apreciar aquestes figures a l'hora de determinar el compliment de la quota de reserva. També ha desaparegut la referència al fet que els treballadors siguin «fixos», un aspecte que sí que apareixia en la redacció inicial de l'article 38.1 de la LISMI, precedent d'aquest 42.1 del TRLGDPD. Comptaran, per tant, tots els treballadors de l'empresa, en tots els seus centres de treball i sigui quin sigui el tipus de contracte que tinguin.

neral de l'Estat les entitats públiques empresarials a què fan referència els articles 103 i 104 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, en vigor des de l'1 d'octubre de 2016. En els àmbits autonòmic i local es consideraran empreses públiques aquelles en què els poders públics puguin exercir, directament o indirectament, una influència dominant pel que fa a la propietat, la participació financera o les normes que la regeixen.

A la pràctica, considerant la complexitat de formes administratives que presenta el sector públic, apareixen zones de penombra a l'hora de determinar quin tipus d'obligació afecta una determinada organització pública, si bé cal concloure, en una primera aproximació, que el punt de partida en aquest sentit ha de ser la configuració de l'ocupació en aquesta organització, de manera que si l'accés a l'ocupació està vinculat als principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat, serà aplicable la reserva d'ocupació pública en les ofertes i en les convocatòries —article 59 de l'EBEP—, mentre que, si no és així, l'obligació de reserva afectarà la contractació real d'almenys un 2% de persones amb discapacitat, tal com assenyalava l'article 42.1 del TRLGDPD.

Ja hem tingut ocasió de fer referència a les implicacions constitucionals que la llibertat d'empresa, en l'àmbit privat, presenta en relació amb l'obligació de reserva, per la qual cosa ara convé plantejar-se l'abast de l'obligació de reserva que l'article 42.1 del TRLGDPD imposa a les empreses públiques. Malgrat que la normativa reguladora de les societats públiques és complexa i diversa en els àmbits estatal, autonòmic i local, hem de considerar les característiques generals i comunes a tots ells, de manera que puguem determinar la normativa aplicable en matèria de contractació laboral i les condicions en què aquesta contractació es pot dur a terme. En aquest sentit, l'article 113 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic estableix que «les societats mercantils estatals es regiran pel que preveu aquesta llei, pel que preveu la Llei 33/2003, de 3 de novembre, i per l'ordenament jurídic privat, excepte en les matèries en què sigui aplicable la normativa pressupostària, comptable, de personal, de control econòmic-financer i de contractació» i afegeix que «en cap cas podran disposar de facultats que impliquin l'exercici d'autoritat pública, sense perjudici que excepcionalment la llei pugui atribuir-hi l'exercici de potestats administratives». Així, doncs, en principi, no hi ha submissió d'aquestes empreses públiques a la normativa reguladora de la funció pública, una afirmació que se sosté després de la lectura de l'article 2 de l'EBEP, relatiu al seu àmbit d'aplicació, i que, juntament amb les referències al personal de l'Administració general de l'Estat, de les comunitats autònomes, de les entitats locals i de les universitats públiques, esmenta el corresponent «als organismes públics, agències i altres entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, vinculades o dependents de qualsevol de les administracions públiques». Per tant, un cop excloses les societats públiques de l'àmbit del dret públic, les relacions d'aquestes societats amb el seu personal no estaran, en principi, subjectes

a la regulació de l'EBEP i, per tant, els processos de selecció del personal restaran sotmesos a les normes reguladores de la relació laboral, quan aquest sigui el cas. La conseqüència immediata seria la submissió d'aquestes empreses al compliment de l'obligació de reserva a la contractació de treballadors amb discapacitat que els imposa l'article 42.1 del TRLGDPD.

No obstant això, la disposició addicional primera de l'EBEP, en referir-se a l'àmbit específic d'aplicació d'aquesta norma, estableix que «els principis inclosos als articles 52, 53, 54, 55 i 59 seran aplicables a les entitats del sector públic estatal, autonòmic i local que no figurin en l'article 2 del present Estatut i que s'hagin definit així en la seva normativa específica». Als efectes que aquí interessin, es refereix als principis rectors en l'accés a l'ocupació pública de l'article 55, que esmenta expressament els d'igualtat, mèrit i capacitat, exigint que els procediments de selecció de personal, tant funcionari com laboral, en garanteixin el compliment. Per tant, la qüestió rau a determinar, cas per cas, si una empresa pública apareix definida o no en la seva normativa específica com a pertanyent al sector públic estatal, autonòmic o local. Tanmateix, no sembla senzill desvincular d'aquest sector una empresa pública, considerant a més que la referència de la disposició addicional primera de l'EBEP al sector públic estatal sembla que està relacionada amb un àmbit més ampli que l'estrictament pressupostari. En aquest sentit, a l'Inventari d'ens del sector públic estatal que publica el Ministeri d'Economia i Hisenda per mitjà de la Intervenció General de l'Administració de l'Estat apareixen les societats mercantils estatals, d'acord amb el que estableix l'article 2 de la Llei 47/2003, de 27 de novembre, general pressupostària, que inclou en el sector públic estatal, si bé «als efectes d'aquesta llei», les «entitats públiques empresarials, dependents de l'Administració general de l'Estat, o de qualssevol altres organismes públics vinculats o que en depenen».

Cal concloure, per tant, que la disposició addicional primera de l'EBEP imposa l'obligació de complir els principis que s'hi esmenten a aquelles entitats que en la seva normativa específica disposin expressament la seva inclusió en el sector públic corresponent. En aquests supòsits, la vinculació d'aquestes empreses públiques als principis d'igualtat, mèrit i capacitat inclosos en l'article 55 de l'EBEP resulta ineludible i, consegüentment, són apreciables les limitacions en la llibertat de contractació d'aquestes empreses. En aquests casos, l'obligació de reserva seria la de l'article 59 de l'EBEP, que fa referència a aplicar la quota de reserva del 7% en els seus processos de selecció de personal i, per tant, no sembla possible exigir simultàniament la quota de reserva de l'article 42.1 del TRLGDPD, ja que aquesta exigència comprometria el compliment veraç del que estableix l'article 55 de l'EBEP o, alternativament, a vegades el convertiria en un precepte que mai no es podria complir. En aquest sentit es pronuncia el ja esmentat Criteri tècnic 98/2014 de la Direcció General de la Inspecció de Treball i Seguretat Social. La Inspecció entén que només es podrà exigir el compliment de la quota de reserva del 2% quan

el règim de contractació aplicable sigui el laboral ordinari i no les normes d'accés a l'ocupació pública.

En definitiva, sembla que ens trobem davant d'una col·lisió de normes d'àmbits normatius diferents i que plantegen un conflicte interpretatiu del qual no sembla prudent sortir-ne conclouent que totes dues obligacions poden coexistir, tot i que a vegades s'ha insinuat aquesta possibilitat en el sentit d'entendre que per a aquestes empreses públiques, si un cop aplicada la corresponent quota de reserva del 7% en els seus processos de selecció de personal no s'arribés a cobrir el 2% efectiu exigint per l'article 42.1 del TRLGDPD, necessàriament haurien de fer la sol·licitud de declaració d'excepcionalitat i haurien d'aplicar les mesures alternatives que veurem en aquest mateix capítol. El cert és que aquesta possibilitat, que es presenta atractiva des del punt de vista de l'impacte positiu que podria tenir en la inclusió de persones amb discapacitat en l'ocupació pública, ho és tant que cal preguntar-se si aquesta combinació d'obligacions, a la qual avui dia es pot accedir per mitjà d'una interpretació una mica forçada de la col·lisió normativa descrita, no hauria de ser aplicable a tot l'àmbit de l'Administració pública. D'altra banda, cal tenir en compte que el procediment per a la declaració d'excepcionalitat que inclou el Reial decret 364/2005 no preveu la possibilitat que una Administració pública pugui accedir a aquesta situació per la via de l'acreditació dels serveis públics d'ocupació de la impossibilitat de contractació, i això és així perquè aquests serveis no intervenen en els processos de selecció de l'ocupació pública.

Un cop descartada la possibilitat d'exigència simultània de les dues obligacions de reserva, es podria plantejar que, quan després de seguir amb un respecte escrupolós els principis constitucionals en els processos d'accés a l'ocupació pública el resultat no fos satisfactori des del punt de vista del percentatge de candidats amb discapacitat incorporats, potser seria adequat exigir a l'Administració convocant l'aplicació d'un altre tipus de mesures que comportessin una millora de la formació de les persones amb discapacitat i de les seves condicions professionals i personals amb vista a l'ocupació. No obstant això, si no té lloc una modificació legislativa en aquest sentit, no sembla que amb l'actual marc regulador es pugui admetre aquesta fórmula combinada en l'àmbit públic.

3.2.2. Configuració de la quota de reserva del 2%

Com hem vist, l'article 42.1 del TRLGDPD exigeix a totes les empreses públiques i privades que emprin un nombre de cinquanta treballadors o més i que, entre ells, almenys el 2% siguin treballadors amb discapacitat. Com que no s'estableix cap distinció en la norma, caldrà entendre que la discapacitat podrà preexistir respecte a la contractació o venir després d'aquesta contractació. El còmput esmentat anteriorment es durà a terme a partir de la plantilla total de l'empresa corresponent,

independentment del nombre de centres de treball i de la forma de contractació laboral que vinculi els treballadors de l'empresa. Igualment, s'entendrà que s'inclouran en aquest còmput els treballadors amb discapacitat que es trobin en cada moment prestant serveis a les empreses públiques o privades, en virtut dels contractes de posada a disposició que aquestes empreses hagin concertat amb empreses de treball temporal.

Pel que fa a la determinació de les empreses obligades, com que la quota de reserva és una operació matemàtica simple, que resulta d'aplicar un percentatge, en aquest cas el 2%, a un valor numèric determinat per la plantilla de l'empresa, és en primer lloc imprescindible establir quina és la plantilla en cada moment. En aquest sentit, la disposició addicional primera del Reial decret 364/2005, de 8 d'abril, estableix que, a aquests efectes, el període de referència per a aquest càlcul seran els dotze mesos immediatament anteriors, durant els quals s'obtindrà la mitjana de treballadors empleats, incloent-hi els contractats a temps parcial, en tots els centres de treball de l'empresa. Així, doncs, es tracta d'una xifra que pot variar considerablement al llarg del temps, de manera que fins i tot cada dia es pot obtenir un valor diferent respecte al del dia anterior, la qual cosa, als efectes del compliment de l'obligació de reserva, sembla recomanar estratègies empresarials que tinguin en compte aquest factor de variabilitat, en el sentit de valorar l'evolució de la plantilla de l'empresa a l'hora de fer previsions sobre el nombre mínim de treballadors amb discapacitat que s'han de contractar.

Cal assenyalar, però, que l'obligació varia en trams de cinquanta treballadors de plantilla, cosa que permet atenuar aquest efecte de variabilitat en la quantificació del nombre de treballadors amb discapacitat per contractar. No obstant això, en aquelles empreses en què es produeixen increments de plantilla apreciables, convindrà preveure un augment progressiu de les mitjanes de plantilla als efectes de l'obligació de reserva i planificar degudament les contractacions de treballadors amb discapacitat partint de la premissa que la quota de reserva s'incrementarà a mesura que passi el temps i que, en el còmput dels dotze mesos anteriors, ocupin cada vegada un espai més ampli els períodes en què l'empresa ha fet noves contractacions. Per contra, en empreses que destrueixen ocupació, l'impacte en la mitjana de plantilla no és immediat, però s'anirà apreciant a poc a poc, amb el pas del temps. En aquest darrer cas, sembla raonable establir una estratègia conservadora respecte al nombre mínim de treballadors amb discapacitat que s'han de contractar, mentre que en el cas d'augment de plantilla el més recomanable és una certa generositat en la determinació d'aquesta xifra.

Així, doncs, per quantificar la plantilla d'una empresa en un moment determinat, l'empresa haurà d'obtenir la mitjana de treballadors en els últims dotze mesos, tenint en compte que la norma no precisa si seran els dotze mesos naturals anteriors o si s'haurà de comptar de data a data en cada moment. A aquests efectes, s'haurà de fer un còmput diferenciat entre dos grups:

– Els treballadors amb contractes de durada indefinida i els treballadors vinculats per contractes de durada determinada superior a un any. En aquest cas, la norma es limita a assenyalar que s'haurà d'obtenir una mitjana d'aquests treballadors en els dotze mesos anteriors. Sembla, per tant, raonable pensar que aquesta mitjana es farà dividint el total de dies en què aquests treballadors han mantingut relació laboral amb l'empresa entre 365.

– Els treballadors contractats per terme de fins a un any.³⁸ En aquest cas, la norma precisa que s'hauran de computar segons el nombre de dies treballats en el període de referència, de manera que cada dos-cents dies treballats o fracció comptaran com un treballador més. Així, doncs, en aquest segon grup se sumaran tots els dies que aquests treballadors han mantingut una relació laboral amb l'empresa en els últims dotze mesos i el resultat d'aquesta suma es dividirà entre dos-cents.

La plantilla de l'empresa, als efectes de determinar l'obligació de reserva que analitzem, serà l'equivalent a la suma dels resultats de les dues divisions anteriors, si bé quan el quocient que resulti de dividir per dos-cents el nombre de dies treballats dels treballadors amb contractes temporals de durada inferior a un any sigui superior al nombre de treballadors que realment es computen, es tindrà en compte, com a màxim, el total d'aquests treballadors. Finalment, el precepte precisa que, als efectes del còmput dels dos-cents dies treballats a què hem fet referència, es comptabilitzaran tant els dies de treball efectiu com els de descans setmanal, els festius i les vacances anuals.

Sobre la qüestió dels treballadors a temps parcial, la norma es limita a dir que computen a l'efecte de quantificar la plantilla de l'empresa obligada, però sense precisar com ho han de fer. Atès que no hi ha cap distinció en la norma, cal concloure que han de computar de la mateixa manera que ho fan els treballadors a jornada completa, depenent només de la durada dels seus contractes i sense que una jornada de treball menor hagi de comportar un impacte menor en la determinació de la plantilla a aquests efectes. D'acord amb aquesta interpretació, el compliment de la quota de reserva tampoc no restarà condicionat per les jornades dels treballadors amb discapacitat contractats per les empreses obligades. En aquest sentit es pronuncia també la Direcció General de la Inspecció de Treball i Seguretat Social en el Criteri tècnic 98/2016.

Una altra qüestió relacionada amb el càlcul de la mitjana de treballadors a fi de determinar la plantilla de l'empresa és la que té a veure amb les empreses de nova creació i amb aquelles que aconsegueixen, en un cert moment, el nombre mínim de treballadors per ser obligades a complir la quota de reserva. En el primer cas, si una empresa es constitueix amb un nombre igual o superior a cinquanta treba-

38. El còmput farà referència, en aquest cas, a la tipologia contractual que s'esdevingui en cada cas. Una qüestió interessant, en relació amb això, és la del frau de llei en la contractació de durada determinada, que condiona de manera evident la quantificació de la plantilla d'una empresa i, en conseqüència, la determinació de la seva obligació de reserva. Recordem que aquesta qüestió ha generat en l'àmbit públic figures tan peculiars com la dels anomenats *indefinitos no fixos*.

lladors, l'obligació de reserva neix en el mateix moment de la creació de l'empresa; per tant, i com que l'empresa coneix aquesta circumstància fins i tot abans de constituir la seva plantilla, sembla raonable que li sigui exigible complir amb la quota de reserva des del mateix inici de la seva activitat empresarial. A aquests efectes, i encara que no s'esmenti expressament en la disposició addicional primera del Reial decret 364/2005, el període de referència dels dotze mesos anteriors per determinar la mitjana de la plantilla de l'empresa, en els casos en què l'empresa tingui menys d'un any d'existència, serà el temps, dins d'aquests dotze mesos anteriors, durant el qual l'empresa ha existit com a tal.

D'altra banda, quan una empresa que té menys de cinquanta treballadors assoleix o supera aquesta xifra en un moment determinat, serà en aquest mateix temps en el qual resultarà obligada al compliment de l'obligació de reserva. En aquest cas, podria tenir lloc una circumstància curiosa i de resolució difícil: com que l'empresa té l'obligació de cobrir la quota de reserva pel fet de tenir cinquanta treballadors o més, pot ser que a l'hora d'obtenir la mitjana de la plantilla en el període de referència dels dotze mesos anteriors la xifra resultant sigui inferior a cinquanta, de manera que el nombre enter que en resulti sigui zero. Aquesta aparent contradicció s'explica per la deficient regulació del Reial decret 364/2005 en aquesta matèria, atès que la seva disposició addicional primera regula el procediment de «quantificació» de l'obligació de reserva,³⁹ tot i que en realitat aquest mecanisme de determinació de la plantilla mitjana també s'hauria d'emprar per establir l'àmbit subjectiu de les empreses obligades. Dit d'una altra manera, una empresa en té l'obligació no quan arriba a la xifra de cinquanta treballadors, sinó quan la mitjana de la seva plantilla en els dotze mesos anteriors és aquest nombre o superior. Aquesta solució resoluria la contradicció assenyalada, però debilitaria la mesura d'acció positiva, ja que dilataria en el temps el moment del naixement de l'obligació i, en definitiva, evitaria que algunes empreses resultessin obligades a reservar ocupació per a treballadors amb discapacitat.

Finalment, també pot passar que una empresa entri en l'àmbit subjectiu de l'obligació pel fet de tenir cinquanta treballadors o més, però que, com a conseqüència de la seva tipologia contractual, mai no resulti obligada a contractar treballadors amb discapacitat. Això succeeix quan es presenten altes taxes de temporalitat, de manera que nominalment una empresa té el nombre mínim de treballadors que obliga a reservar ocupació, però la seva mitjana en els darrers dotze mesos, determinada d'acord amb el que estableix la disposició addicional primera del Reial decret 364/2005, pot donar com a resultat sempre una obligació de contractació inferior a un treballador. Una altra vegada, les deficiències tècniques d'aquest Reial decret 364/2005 es mostren de manera evident en relació amb aquestes qüestions.

39. La mateixa disposició addicional assenyalava que el procediment que regula és «a efectes del còmput del 2% de treballadors amb discapacitat en empreses de cinquanta treballadors o més».

Un cop s'ha determinat la plantilla de l'empresa, s'aplicarà a aquesta xifra el percentatge del 2%, amb la qual cosa quedarà fixada la quota de reserva en cada moment. En aquest punt, presenta dificultats la determinació precisa d'aquesta quota de reserva quan el resultat de l'operació anterior, com succeirà habitualment, no dóna un nombre enter. La resposta a aquesta qüestió sembla que hagi de ser, a manca de previsió normativa sobre aquest aspecte, la de determinar la quota de reserva per aplicació del nombre enter resultant, independentment dels decimals que doni l'operació d'aplicar el 2% a la plantilla de l'empresa.

Aquesta opinió no és, però, unànime, ja que en alguns casos s'ha conclòs que l'arrodoniment dels decimals s'hauria de fer en tot cas a l'alça per afavorir l'eficàcia de la mesura d'acció positiva, emparant-se en el fet que la norma que estableix la reserva fa servir l'expressió *almenys* per a la quantificació de l'obligació. Alguns autors i certs criteris administratius —com el Criteri tècnic 98/2016 de la Direcció General de la Inspecció de Treball i Seguretat Social— han assenyalat com a via més encertada per resoldre aquesta qüestió la d'arrodonir al nombre enter més proper segons els decimals resultants, de manera que s'opti per l'arrodoniment a l'alça quan els decimals equidisten de dos nombres. D'acord amb la primera d'aquestes interpretacions, una empresa amb 105 treballadors i una empresa amb 145 treballadors de mitjana de plantilla tindrien una quota de reserva de com a mínim 2 treballadors, mentre que, seguint la segona via interpretativa, la primera empresa tindria una quota de reserva de 2 treballadors i la segona de 3 treballadors.

Tanmateix, com ja s'ha assenyalat, sembla que la interpretació més ajustada al tenor literal de la norma, tot i que sens dubte és la menys afavoridora de l'eficàcia de la mesura de reserva, és la d'entendre que el nombre de treballadors amb discapacitat que constitueix en cada cas la quota de reserva exigible a una empresa ha de ser l'enter que resulta d'aplicar el 2% a la plantilla de l'empresa en cada moment. D'acord amb aquest criteri, una empresa amb 210 treballadors i una empresa amb 248 treballadors de plantilla han de tenir, almenys, 4 treballadors amb discapacitat contractats. No cal dir que una estratègia restrictiva en aquest àmbit situa la segona empresa en una posició de més incertesa que la primera, atès que un creixement lleu de la seva plantilla faria que la quota de reserva s'incrementés, amb la qual cosa podria quedar en situació d'incompliment si ha decidit ajustar-se al mínim de contractacions exigit i no contractar un cinquè treballador amb discapacitat.

Sigui com sigui, l'article 5 del Reial decret 1451/1983 estableix que, dins del primer trimestre de cada any, amb coneixement dels representants del personal, les empreses que donin feina a un nombre de treballadors⁴⁰ superior a cinquanta hauran d'enviar a l'Oficina d'Ocupació de l'Institut Nacional d'Ocupació (INEM)

40. La norma reglamentària precisava que aquests treballadors haurien de ser «fixos». El TRLGDPD, com hem vist, ja no valora aquesta condició a l'hora de determinar la plantilla de les empreses obligades i, en tot cas, també veurem que la manca de tipificació converteix aquesta obligació formal, a la pràctica, en un requisit àmpliament incomplet.

—avui Servei Públic d'Ocupació— de la província on tinguin la seva seu social, i també a les de les províncies on tinguin centres de treball, una relació detallada dels llocs de treball ocupats per treballadors amb discapacitat i d'aquells que per les seves característiques quedin reservats a aquests treballadors. Aquesta obligació, de contingut merament formal, s'enfronta, pel que fa a la seva exigibilitat, amb les dificultats derivades del fet que no està tipificada en el TRLISOS i, consegüentment, no pot ser objecte de sanció administrativa com a conseqüència de l'actuació inspectora.⁴¹ No obstant això, es podria vehicular per mitjà de l'article 14.1 del mateix TRLISOS, que tipifica com a infracció dels empresaris, en matèria d'ocupació, el fet de no comunicar a l'Oficina d'Ocupació les contractacions realitzades en els casos en què s'hagi establert aquesta obligació. En tot cas, i encara que es vehiculi l'actuació per aquesta via genèrica, el cert és que hi ha problemes de tipificació que poden desaconsellar l'acció sancionadora administrativa en aquests supòsits, tot esperant que el legislador decideixi incorporar a la norma el tipus específic o bé elimini de la norma substantiva l'obligació de comunicació anual que avui manté el Reial decret 1451/1983.

Un cop determinada la quantificació de la quota de reserva del 2%, tant pel que fa a les empreses obligades com als treballadors afectats, i tenint en compte que es tracta d'una obligació de tracte successiu, el compliment d'aquesta quota exigeix que les empreses hagin de cobrir el nombre mínim establert per a treballadors amb discapacitat en tot moment. No obstant això, la mateixa dinàmica de l'activitat empresarial a vegades pot provocar variacions en certs paràmetres que finalment poden afectar substancialment l'obligació de reserva.

Així, com ja hem vist, pot passar que una empresa no obligada ho sigui a partir d'un moment determinat si arriba al nombre mínim de cinquanta treballadors. En aquests casos es planteja el problema, ja comentat, de les diferències que la norma estableix entre la determinació de l'àmbit subjectiu i la quantificació de l'obligació de reserva, de la qual cosa es deriva que, encara que una empresa esdevingui subjecte d'aquesta obligació pel fet d'arribar al nombre de treballadors establert a la norma, a l'hora de quantificar-la s'obté un nombre inferior a 1 i, per tant, a la pràctica no tindrà quota de reserva fins que la mitjana dels seus treballadors en els dotze últims mesos arribi al nombre mínim de cinquanta. Fins i tot podria succeir que una empresa arribés en un cert moment a aquesta xifra de treballadors, però que mai no reflectís una mitjana igual o superior a aquesta xifra.⁴² Paradoxalment, també podria passar que una empresa obtingués una mitjana de plantilla, d'acord

41. STSJ d'Andalusia, Sevilla (Sala Contenciosa Administrativa), de 9 de desembre de 1999 (RJCA 1999/4917).

42. En empreses amb grans fluctuacions de plantilla per sota i per sobre del llindar de cinquanta treballadors, pot passar que en el període de referència sempre es compensin els excessos sobre aquesta xifra amb els defectes, de manera que la mitjana sigui en tot moment inferior a cinquanta treballadors. El mateix es pot esdevenir, com ja hem vist, en empreses amb altes taxes de temporalitat. En aquest últim supòsit, resulta especialment desafortunat «premiar» aquestes empreses amb una elusió de l'obligació de contractar treballadors amb discapacitat.

amb les regles establertes en la disposició addicional primera del Reial decret 364/2005, superior a cinquanta treballadors en un moment en què la seva plantilla real fos inferior a aquesta xifra i, per tant, no resultés subjecte de l'obligació de reserva.

No obstant això, a més d'aquestes circumstàncies relatives a l'organització empresarial, n'hi ha d'altres d'alienes que poden afectar l'obligació de reserva. La més evident i comuna a la pràctica és l'extinció del contracte de treball d'un dels treballadors amb discapacitat que computen a aquests efectes i el fet que si no hi és l'empresa pot caure en una situació d'incompliment. La qüestió més rellevant en aquesta matèria és determinar si, en els supòsits en què com a conseqüència d'alguna de les vicissituds assenyalades una empresa no compleix la quota de reserva, s'hauria d'establir alguna mesura de transitorietat o cert termini per assumir o recuperar la situació de compliment.

El cert és que ni el TRLGDPD ni el Reial decret 364/2005 contenen previsions de cap tipus en relació amb aquestes qüestions, malgrat que altres normes relacionades amb la contractació bonificada de treballadors amb discapacitat no són alienes a la possibilitat d'establir terminis per a l'acreditació del compliment de l'obligació. N'és un exemple el Decret extremeny 149/2012, de 27 de juliol, pel qual es regulen els incentius destinats a afavorir la contractació de persones amb discapacitat en el mercat ordinari de treball i s'aprova la primera convocatòria d'aquestes subvencions (Diari Oficial d'Extremadura, de 2 d'agost de 2012), que estableix que en el programa de contractació temporal de treballadors amb discapacitat, l'obligació de manteniment del lloc de treball inclourà un període de dotze mesos des de la data de contractació. En aquests casos, si el treballador fos de baixa voluntàriament o per acomiadament declarat procedent en l'empresa, se n'haurà de fer la substitució en el termini d'un mes des que es va produir aquesta baixa, mitjançant un contracte de les mateixes característiques que l'extingit, que s'haurà de comunicar al Servei Públic d'Ocupació Extremeny en un termini de quinze dies des de la data de la baixa a la Seguretat Social.

D'altra banda, en dret comparat —França i Itàlia en són dos exemples significatius— és freqüent l'establiment de terminis per a l'acreditació del compliment de les quotes de reserva a partir del moment en què aquestes quotes neixen en una determinada empresa, tot i que també són freqüents les crítiques a aquest sistema de terminis pel fet d'entendre que limita l'efectivitat de la mesura i separa la contractació de treballadors amb discapacitat, en els supòsits de creació d'empresa amb obligació de reserva, de la contractació de la resta de treballadors.

Com ja s'ha comentat, la normativa espanyola no preveu aquestes circumstàncies i, per tant, hem d'entendre amb caràcter general que l'obligació de reserva s'ha de materialitzar a partir del moment en què l'empresa entra en l'àmbit subjectiu d'aquesta obligació. No obstant això, en la pràctica administrativa s'ha defensat que aquest moment es podria diferir, en el cas de noves contractacions, fins a

l'aparició de la primera vacant en l'empresa,⁴³ i també la doctrina s'ha pronunciat, a vegades, a favor d'aquesta possibilitat. Aquest criteri no funciona, però, quan es tracta d'empreses de nova creació. En tot cas, cal tenir en compte que aquests criteris no tenen una base normativa sòlida i, per tant, des del punt de vista del dret sancionador podrien generar problemes a les empreses que els seguissin, considerant que la circumstància objectiva que determina la tipificació prevista en l'article 15.3 del TRLISOS, que veurem més endavant, té lloc objectivament en el moment en què l'empresa queda inclosa en l'àmbit subjectiu de l'obligació i no n'acredita el compliment. Sigui com sigui, el cert és que podrien donar-se circumstàncies, especialment aquelles relacionades amb els cessaments de treballadors amb discapacitat ja contractats, en les quals podria ser recomanable establir certs terminis per a la recuperació de la quota de reserva.

Finalment, s'ha plantejat la incidència que pot tenir en els acomiadaments col·lectius l'obligació de reserva d'ocupació de treballadors amb discapacitat. Sens dubte, una de les vicissituds més rellevants que es pot presentar en una empresa és la de reduir de manera notable la seva plantilla com a conseqüència de causes econòmiques, tècniques, organitzatives o productives d'acord amb el que disposa l'article 51 del TRLET. Abans de la modificació duta a terme en aquest precepte pel Reial decret llei 3/2012, de 10 de febrer, i per la Llei 3/2012, de 6 de juliol, aquestes extincions col·lectives estaven sotmeses a autorització administrativa, mitjançant el procediment establert per als expedients de regulació d'ocupació (ERO) —després de la reforma introduïda pel Reial decret llei 10/2010, de 16 de juny, i per la Llei 35/2010, de 17 de setembre— en el Reial decret 1483/2012, de 29 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments d'acomiadament col·lectiu i de suspensió de contractes i reducció de jornada. En l'actualitat, i després de les reformes indicades, l'acomiadament col·lectiu no segueix aquest procediment administratiu i, per tant, l'autoritat laboral no l'ha d'autoritzar. Conseqüentment, ja no cal plantejar-se si aquesta autorització pot resultar condicionada pel fet que la inclusió de treballadors amb discapacitat entre els afectats per l'acomiadament col·lectiu pugui posar l'empresa en situació d'incompliment de la seva obligació de reserva. Amb tot, queda l'acció jurisdiccional per determinar l'abast d'aquesta qüestió.

Abans de la reforma laboral de l'any 2012 es va plantejar la qüestió que s'ha assenyalat anteriorment i es va considerar que en aquell moment no hi havia cap previsió de prioritats en el manteniment de l'ocupació en els acomiadaments col·lectius a favor dels treballadors amb discapacitat,⁴⁴ a diferència del que succeïa du-

43. Aquest ha estat el criteri que la Direcció General d'Ocupació ha sostingut en resposta a una consulta amb data 4 d'abril de 1990.

44. La redacció de l'article 51.7 de l'Estatut dels treballadors anterior al Reial decret llei 3/2012 es limitava a establir la prioritats de permanència a l'empresa, en els supòsits d'acomiadament col·lectiu, dels representants legals dels treballadors. Actualment, en l'apartat 5 del mateix article 51 s'ha afegit que mitjançant conveni col·lectiu o acord assolit durant el període de consultes es podran establir prioritats de permanència a favor d'altres col·lectius, com ara treballadors amb càrregues familiars, treballadors grans d'una determinada edat o persones amb discapacitat.

rant la vigència de la Llei 16/1976, de 8 d'abril, de relacions laborals. En termes generals, no es considerava que l'obligació de reserva d'ocupació per a treballadors amb discapacitat constituís per si mateixa una preferència de permanència d'aquests treballadors en els acomiadaments col·lectius, de manera que seria admissible que l'empresa, per superar la situació de crisi que provoca l'acomiadament col·lectiu, pogués adoptar les mesures més oportunes sempre que continués complint la quota de reserva, encara que això pogués comportar l'acomiadament de treballadors amb discapacitat i la seva substitució per d'altres o per mesures alternatives en cas que li fos reconeguda la situació d'excepcionalitat. D'aquesta manera, la condició de treballador amb discapacitat no constituïria, sense més ni més, una preferència de manteniment d'ocupació en aquests casos. D'altra banda, es qüestionava si l'Administració podia condicionar l'autorització de l'ERO al compliment de la quota de reserva per part de l'empresa, i el Tribunal Suprem va concloure que, si bé no pot acollir-se favorablement que la prioritat de permanència en els ERO constitueixi un dret individual d'un treballador amb discapacitat, tampoc no pot resultar irrellevant en la tramitació administrativa d'aquests expedients el fet que l'empresa pugui incórrer en incompliment de la quota de reserva, de manera que l'Administració no ha de quedar indiferent davant d'aquesta circumstància en la resolució de l'ERO, sinó que l'ha d'evitar. A la STS de 4 de febrer de 2002, ja esmentada, s'estableix que «s'ha d'entendre que es proclama l'existència de treballadors *minusvàlids* que han de ser protegits en l'accés o la permanència en l'ocupació i que troben la seva regulació en normes especials, les quals són aplicables també en l'extinció del contracte de treball que deriva d'un acomiadament col·lectiu».

Actualment, la prioritat de permanència dels treballadors amb discapacitat pot venir establerta de manera convencional, en els termes que fixa el vigent article 51.5 del TRLET.⁴⁵ Quan no sigui així, continuen essent aplicables els criteris jurisprudencials assenyalats anteriorment, si bé sense la projecció en l'actuació administrativa derivada de la resolució dels ERO, ja que aquest procediment va desaparèixer amb l'entrada en vigor del Reial decret llei 3/2012, de 10 de febrer. Amb tot, es podrà admetre la possibilitat que, quan les circumstàncies concretes ho justifiquin, es produeixi l'extinció de contractes de treball de persones amb discapacitat mitjançant acomiadament col·lectiu, sempre que aquestes extincions no situïn l'empresa en una posició d'incompliment de la quota de reserva, admetent que puguin tenir lloc substitucions de treballadors amb discapacitat i fins i tot el

45. L'article 124 de la Llei reguladora de la jurisdicció social (LJS) estableix que les pretensions relatives a la inaplicació de les regles de prioritat de permanència previstes legalment o convencionalment o establertes en l'acord adoptat en el període de consultes es plantejaran per mitjà del procediment individual a què es refereix l'apartat 11 del mateix article 124. En tot cas, serà nul·la l'extinció del contracte acordada per l'empresari sense respectar les prioritats de permanència que puguin estar establertes en les lleis, els convenis col·lectius o l'acord assolit durant el període de consultes, si bé aquesta nul·litat no afectarà les extincions que dins del mateix acomiadament col·lectiu hagin respectat les prioritats de permanència.

recurs a les mesures alternatives per mantenir el compliment de l'obligació esmentada, sempre que s'esdevingui alguna de les situacions d'excepcionalitat.

3.2.3. L'excepcionalitat i les mesures alternatives

Després de regular la quota de reserva d'ocupació de treballadors amb discapacitat en les empreses públiques i privades en els termes que hem vist en l'apartat anterior, l'article 42.1 del TRLGDPD, en el seu segon paràgraf, estableix que, de manera excepcional, aquestes empreses públiques i privades podran quedar exemptes d'aquesta obligació, de manera parcial o total, bé per mitjà d'acords recollits en la negociació col·lectiva sectorial d'àmbit estatal i, si no, d'àmbit inferior, d'acord amb el que disposa l'article 83.2 i 3 del TRLET, bé per opció voluntària de l'empresari, degudament comunicada a l'autoritat laboral, i sempre que en ambdós supòsits s'apliquin les mesures alternatives que es determinen reglamentàriament. Per tant, s'obre una via d'escapament per al compliment directe de la quota de reserva, la qual cosa habilita la possibilitat que aquest compliment es difereixi en el temps i sigui temporalment substituït per l'aplicació de mesures alternatives, sempre que s'acrediti una situació d'excepcionalitat que justifiqui l'incompliment material de la quota. Trobarem en el Reial decret 364/2005 el contingut precís d'aquestes situacions d'excepcionalitat, de les mesures alternatives i del procediment que han de seguir aquelles empreses que no puguin complir de manera directa la quota de reserva mitjançant la contractació de treballadors amb discapacitat, sense que això pugui ser entès com una exempció de l'obligació de reserva, sinó com una manera alternativa d'acomplir-la. Cal assenyalar que aquesta possibilitat de compliment alternatiu de la quota de reserva ja va ser incorporada a l'article 38 de la LISMI per la disposició adicional trenta-novena de la Llei 66/1997, de 30 de desembre.

Per començar, s'ha de remarcar que tant el Reial decret 364/2005 com el que el va precedir, el Reial decret 27/2000, van fer una lectura restrictiva del contingut del llavors vigent article 38.1 de la LISMI, igualment predicable respecte del vigent article 42.1 del TRLGDPD, ja que tots dos estableixen la possibilitat, ja analitzada, que les empreses públiques o privades puguin quedar exemptes de l'obligació de contractació de treballadors amb discapacitat per dues vies diferents: la negociació col·lectiva o l'opció voluntària de l'empresari. En ambdós casos, es condiona l'ús de les mesures alternatives a l'acreditació prèvia d'una situació d'excepcionalitat i a l'autorització administrativa corresponent. En l'article 42.1 del TRLGDPD no s'exposa aquest requisit, ja que l'única condició per a l'exempció de contractació directa de treballadors amb discapacitat és l'aplicació de «les mesures alternatives que es determinen reglamentàriament». La lectura que fa el legislador reglamentari, sens dubte, parteix del fet que els acords recollits en la negociació col·lectiva

podrien limitar, i fins i tot excloure, les possibilitats dels empresaris inclosos en l'àmbit d'aplicació d'aquests acords per fer servir les vies alternatives a la contractació de treballadors amb discapacitat, i potser per això s'entén que la referència a la voluntarietat en l'article 42.1 del TRLGDPD s'ha d'interpretar en el sentit de possibilitat no condicionada per la negociació col·lectiva.

En definitiva, en la norma reglamentària es determinen els supòsits en els quals s'entén que concorre el caràcter excepcional que habilita aquesta peculiar via de compliment de la quota de reserva, i que requereixen l'acreditació d'aquesta excepcionalitat davant del corresponent Servei Públic d'Ocupació, que a més té la potestat de certificar-la o no i, consegüentment, d'autoritzar o denegar les mesures alternatives proposades per l'empresari que invoca aquesta situació excepcional. D'acord amb el que estableix l'article 1.2 del Reial decret 364/2005, s'entén que hi concorre la nota d'excepcionalitat solament en dos supòsits:⁴⁶

– Quan la no-incorporació d'un treballador amb discapacitat a l'empresa obligada resulti de la impossibilitat que els serveis públics d'ocupació competents, o les agències de col·locació, puguin atendre l'oferta d'ocupació presentada després d'haver efectuat totes les gestions d'intermediació necessàries per donar resposta als requeriments de l'empresa i concloure-la amb resultat negatiu, per la inexistència de demandants d'ocupació amb discapacitat inscrits en l'ocupació indicada o, si n'hi ha, quan acreditin que no estan interessats en les condicions de treball que figuren en l'oferta. Es tractaria d'una excepcionalitat per impossibilitat de contractació, acreditada mitjançant el corresponent certificat de gestió negativa o fracassada per part del servei d'ocupació. Cal assenyalar, en aquest punt, que l'article 22 de la Llei 56/2003, de 16 de desembre, d'ocupació consagra com un dels principis bàsics de la intermediació laboral la igualtat d'oportunitats en l'accés a l'ocupació i no-discriminació,⁴⁷ cosa que comporta que les agències privades de col·locació han de garantir aquest principi en el seu àmbit d'actuació i, en conseqüència, no poden rebutjar demandes per motius discriminatoris i han d'atendre qualsevol sol·licitant que reuneixi els requisits objectius que es demanen.

– Quan hi hagi, i així s'acreditin per l'empresa obligada, qüestions de caràcter productiu, organitzatiu, tècnic o econòmic que motivin una especial dificultat per incorporar treballadors amb discapacitat a la plantilla de l'empresa. En aquest cas, estaríem davant d'una situació d'excepcionalitat derivada de la incapacitat, objectivament acreditada i per les causes assenyalades, de contractació per part de l'em-

46. Sembla que el Reial decret 364/2005 formula una llista taxada de supòsits, a diferència del que passava en el Reial decret 27/2000, que emprava la fórmula següent: «S'entendrà que hi concorre, entre altres causes, la nota d'excepcionalitat [...]».

47. L'Estratègia Espanyola d'Emprenedoria i Ocupació Jove 2013-2016 insisteix en aquesta línia en assenyalar que cal vetllar pel compliment efectiu del principi d'igualtat de tracte i oportunitats mitjançant una especialització adequada en els centres d'atenció dels serveis públics d'ocupació, de manera que esdevinguin punts de referència per a l'atenció especialitzada i adaptada al perfil dels demandants amb discapacitat, amb personal específicament format per oferir una atenció personalitzada i integral als demandants d'ocupació.

presa, que podrà ser justificada mitjançant certificacions o informes d'entitats públiques o privades de reconeguda capacitat, diferents de l'empresa sol·licitant.

A la vista d'aquesta normativa, sembla encara més artificiosa la formulació del Reial decret 364/2005 quan pretén que l'accés a la situació d'excepcionalitat pugui restar vinculat a la voluntat de l'empresari, ja que en els dos supòsits exposats es donen circumstàncies objectives que condueixen a la declaració d'aquesta situació d'excepcionalitat, sense que hi concorri en cap cas aïlladament l'element volitiu a què fa referència l'article 42.1 del TRLGDPD. En el primer dels supòsits a què fa referència l'article 1.2 del Reial decret 364/2005 es pot dir, fins i tot, que la voluntat de l'empresari és justament la contrària, atès que aquesta via d'obtenció de la declaració d'excepcionalitat s'inicia, precisament, amb una oferta de treball per part de l'empresa per contractar treballadors amb discapacitat. En la segona de les possibilitats d'obtenció de la declaració d'excepcionalitat tampoc no hi és present de manera manifesta la voluntat de l'empresari, per tal com les circumstàncies que ha d'acreditar per a això en general van més enllà de la seva lliure determinació.

Pel que fa a la competència territorial, el Reial decret 364/2005 estableix en el seu article 6 que la competència per dictar les resolucions i efectuar el seguiment en relació amb la declaració d'excepcionalitat i les mesures alternatives a la contractació de treballadors amb discapacitat correspondrà al Servei Públic d'Ocupació Estatal o als serveis públics d'ocupació autonòmics, segons el territori on sigui l'empresa, de manera que quan l'empresa radiqui en una sola comunitat autònoma, la competència l'exercirà pel Servei Públic d'Ocupació autonòmic, mentre que quan l'empresa disposi de centres de treball a més d'una comunitat autònoma, la competència correspondrà al Servei Públic d'Ocupació Estatal i, en aquests casos, haurà de dictaminar el director general del Servei Públic d'Ocupació Estatal. Tanmateix, i això constitueix una novetat en relació amb la regulació anterior,⁴⁸ en cas que almenys el 85% de la plantilla es concentri en l'àmbit territorial d'una comunitat autònoma, serà competent el corresponent Servei Públic d'Ocupació autonòmic.

Aquesta qüestió de la competència territorial ha resultat especialment sensible per a algunes comunitats autònomes des de l'inici de la regulació del procediment de declaració de l'excepcionalitat, fins al punt que el Govern de la Generalitat de Catalunya va interposar el dia 5 de desembre de 2000 davant el TC un conflicte positiu de competència respecte de l'article 8 de l'Ordre de 24 de juliol de 2000 per vulneració de les competències executives autonòmiques en assignar a un òrgan estatal l'aplicació de les mesures administratives que s'haguessin d'adoptar en relació amb les empreses que tinguessin centres de treball a més d'una comunitat

48. L'article 8 de l'Ordre del Ministeri de Treball i Afers Socials de 24 de juliol de 2000 establia que la competència per dictar les resolucions corresponia, tenint en compte el domicili del centre de treball de l'empresa, al director provincial de l'Institut Nacional d'Ocupació, de manera que resultarien competents els serveis públics d'ocupació autonòmics quan tots els centres de treball es trobessin en una sola comunitat autònoma. A la pràctica, i pel fet de tractar-se d'empreses de cinquanta treballadors o més, aquest plantejament comportava relegar a la categoria de testimonial la competència autonòmica en aquesta matèria.

autònoma. Aquest conflicte queda resolt per la STC 194/2011, de 13 de desembre (RTC 2011, 194), publicada al BOE d'11 de gener de 2012, en el sentit d'estimar la pretensió del Govern català en declarar que el precepte qüestionat vulnera les competències de la Generalitat de Catalunya, atès que, segons el parer del TC, l'actuació executiva discutida en aquest cas ha de correspondre a la comunitat autònoma com a titular de les competències d'aquesta mena. No obstant això, en la sentència comentada no hi ha pronunciament sobre el contingut de la vigent regulació de la competència territorial —article 6 del Reial decret 364/2005—, ja que de manera expressa s'hi assenyala que, en la mesura en què el conflicte se circumscriu a allò que preveu el paràgraf segon de l'article 8 de l'Ordre ministerial de 24 de juliol de 2000, a aquest paràgraf s'ha de limitar el pronunciament que conté la mateixa Sentència 194/2011. Sigui com sigui, la regulació actual sembla adequada, atès que permet la intervenció dels òrgans autonòmics quan la presència de l'empresa és notable en el seu àmbit territorial, de manera que el procediment se centralitza en la resta de casos.

Respecte a les obligacions formals en relació amb les situacions d'excepcionalitat i l'aplicació de mesures alternatives a la contractació de treballadors amb discapacitat, l'Ordre de 24 de juliol de 2000, que desenvolupava el contingut del Reial decret 27/2000, es manté vigent sempre que no es contradigui amb la regulació actual i també conté alguna de les obligacions formals esmentades. Podem destacar-ne les següents:

a) Obligacions formals de les empreses sol·licitants:

– Quan així ho exigeixin els serveis públics d'ocupació competents, les empreses sol·licitants de la declaració d'excepcionalitat hauran d'aportar certificacions o informes d'entitats públiques o privades de reconeguda capacitat, diferents de l'empresa sol·licitant, que acreditin l'existència de les causes econòmiques, tècniques, organitzatives o productives al·legades. L'article 3 de l'Ordre de 24 de juliol de 2000 va establir, a més, que el Servei Públic d'Ocupació podrà sol·licitar un informe de la Inspecció de Treball i Seguretat Social, que s'emetrà en el termini de quinze dies, sobre les circumstàncies al·legades per l'empresa.

– Convé recordar que actualment el Reial decret 364/2005 exigeix que, juntament amb la sol·licitud de la declaració d'excepcionalitat, l'empresa opti per alguna de les mesures alternatives previstes a la norma, i ambdues circumstàncies es resolen en una única resolució. Per això, aquesta sol·licitud ha d'anar acompanyada, quan es tracti de contractació mercantil o civil amb centres especials d'ocupació o treballadors autònoms amb discapacitat, de la determinació del contractista, de l'objecte del contracte, del nombre de treballadors amb discapacitat als quals equival la contractació i de l'import i la durada de la mesura. Si es tracta d'una donació, es recollirà la fundació o l'associació d'utilitat pública destinatària, el nombre de contractes amb treballadors amb discapacitat als quals substituirà la mesura i l'import corresponent. Finalment, quan es tracti de la constitució d'un enclavament

laboral, es recolliran les dades identificatives del centre especial de treball amb el qual se subscriu el contracte corresponent, el nombre de treballadors amb discapacitat als quals es donarà feina en l'enclavament laboral i el nombre de treballadors amb discapacitat deixats de contractar per sota de la quota del 2% als quals equival la mesura.

– Les empreses que optin per l'aplicació de les mesures alternatives al compliment de la quota de reserva hauran de remetre anualment al Servei Públic d'Ocupació competent una memòria en la qual es faci constar una descripció detallada del compliment de la mesura alternativa prevista. El Servei Públic d'Ocupació transmetrà una còpia d'aquesta memòria a la Inspecció de Treball i Seguretat Social.

b) Obligacions formals dels centres especials d'ocupació i de les fundacions i les associacions d'utilitat pública:

– Els centres especials d'ocupació que concerten contractes mercantils amb les empreses en situació d'excepcionalitat han de presentar anualment una memòria al Servei Públic d'Ocupació corresponent, en la qual s'especificaran els recursos que han obtingut per aquesta via i que s'han destinat a la prestació de serveis d'ajust personal o social que requereixin als seus treballadors amb discapacitat i a les accions que promoguin el seu trànsit cap al mercat de treball no protegit, com ara la formació permanent dels treballadors amb discapacitat o l'adaptació d'aquests treballadors a les noves tecnologies.

– Les fundacions o les associacions d'utilitat pública que percebin donacions de les empreses declarades en situació d'excepcionalitat també hauran de presentar la memòria anual, en la qual determinaran la destinació dels fons percebuts per aquesta via en relació amb el desenvolupament d'activitats d'inserció laboral i de creació d'ocupació de persones amb discapacitat.

Pel que fa a les mesures alternatives que han d'aplicar les empreses, l'article 2.1 del Reial decret 364/2005, d'acord amb el contingut de l'article 42.1 del TRLGDPD, estableix que les empreses que, després d'acreditar la concurrència d'alguna de les circumstàncies que justifiquen una situació d'excepcionalitat, hagin obtingut la preceptiva resolució administrativa quedaran totalment o parcialment exemptes de l'obligació de cobrir la quota de reserva del 2% d'ocupació per a treballadors amb discapacitat mitjançant contractacions laborals, amb la qual cosa per complir aquesta obligació podran aplicar alguna de les mesures alternatives.⁴⁹

a) La concertació d'un contracte mercantil o civil amb un centre especial d'ocupació, o amb un treballador autònom amb discapacitat, per al subministrament de matèries primeres, maquinària, béns d'equip o qualsevol altre tipus de béns necessaris per al desenvolupament normal de l'activitat de l'empresa que opta per aquesta mesura.

49. Encara que no es digui expressament, a la pràctica s'accepta en tots els casos que una empresa pugui adoptar diverses mesures alternatives i, fins i tot, que puguin ser de diferents tipus unes i altres.

b) La concertació d'un contracte mercantil o civil amb un centre especial d'ocupació, o amb un treballador autònom amb discapacitat, per a la prestació de serveis aliens i accessoris a l'activitat normal de l'empresa. Aquesta fórmula és ambigua i genera seriosos problemes interpretatius, ja que l'ús de l'adjectiu «normal» dificulta notablement la delimitació de les activitats dels contractistes en aquesta mesura alternativa.

c) La realització de donacions i d'accions de patrocini, sempre de caràcter monetari, per al desenvolupament d'activitats d'inserció laboral i de creació d'ocupació de persones amb discapacitat, quan l'entitat beneficiària d'aquestes accions de col·laboració sigui una fundació o una associació d'utilitat pública l'objecte social de la qual sigui, entre d'altres, la formació professional, la inserció laboral o la creació d'ocupació a favor de les persones amb discapacitat que permeti la creació de llocs de treball per a aquestes persones i, finalment, la seva integració en el mercat de treball.

d) La constitució d'un enclavament laboral, després de la subscripció del contracte corresponent amb un centre especial d'ocupació, d'acord amb el que estableix el Reial decret 290/2004, de 20 de febrer, pel qual es regulen els enclavaments laborals com a mesura de foment de l'ocupació de les persones amb discapacitat. Respecte a les mesures alternatives que poden aplicar les empreses en situació d'excepcionalitat, aquesta és l'única novetat que el Reial decret 364/2005 presenta en relació amb el derogat Reial decret 27/2000.

Pel que fa al còmput de les mesures alternatives en la determinació del compliment de l'obligació de reserva del 2%, l'article 2.2 del Reial decret 364/2005 estableix que l'import anual dels contractes mercantils o civils amb centres especials d'ocupació o amb treballadors autònoms amb discapacitat i dels contractes entre aquests centres i les empreses col·laboradores per a la constitució d'enclavaments laborals haurà de ser, almenys, tres vegades l'IPREM anual per cada treballador amb discapacitat deixat de contractar per sota de la quota del 2%. En el cas de les donacions i accions de patrocini establertes en l'article 2.1.c) del reial decret, el seu import anual haurà de ser, com a mínim, d'1,5 vegades l'IPREM anual per cada treballador amb discapacitat deixat de contractar per sota de la quota del 2%. Per a l'any 2016, l'import anual de l'IPREM es va fixar en 6.390,13 euros per la disposició addicional vuitanta-quatrena de la Llei 48/2015, de 29 d'octubre, de pressupostos generals de l'Estat.

3.2.4. Un cas significatiu: la gestió de l'excepcionalitat a Catalunya

Cal començar assenyalant que la legislació laboral és una competència exclusiva de l'Estat, tal com determina l'article 149.1.7 de la CE, i per tant les competències de la Generalitat de Catalunya se circumscriuen en aquesta matèria a l'àmbit de la

gestió. És exactament en aquest context on se situa el Decret autonòmic 86/2015, de 2 de juny, sobre l'aplicació de la quota de reserva del 2% a favor de persones amb discapacitat en empreses de cinquanta treballadors o més i de les mesures alternatives de caràcter excepcional al seu compliment, publicat al Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, número 6885, de 4 de juny del 2015. L'objecte d'aquesta norma no és altre que el de regular, d'una banda, els procediments d'intermediació laboral respecte a les persones amb discapacitat a fi d'aplicar a Catalunya la quota de reserva del 2% de la plantilla a favor de persones amb discapacitat en empreses de cinquanta treballadors o més establerta en l'article 42.1 del TRLGDPD i, d'altra banda, determinar els procediments per sol·licitar i obtenir la declaració d'excepcionalitat i l'aplicació de les mesures alternatives de caràcter excepcional al compliment de la quota de reserva, i també els òrgans competents en aquestes matèries en l'àmbit organitzatiu del departament de la Generalitat competent en matèria d'ocupació i relacions laborals. En la norma catalana es diu expressament que tant l'obligació de reserva regulada en l'article 42.1 del TRLGDPD com la regulació de l'excepcionalitat i les mesures alternatives incloses en aquest article no afecten les entitats que tenen la consideració d'Administració pública, que queden excloses de l'aplicació d'aquesta normativa.

Pel que fa a la intermediació laboral, s'estableix que les ofertes d'ocupació per a persones amb discapacitat que formulin les empreses davant de les oficines de treball del Servei d'Ocupació de Catalunya o, si escau, davant de les agències de col·locació han de recollir clarament els requisits del lloc de treball a què fan referència, de manera que la manca de relació directa entre els requisits de l'oferta i el lloc de treball que s'ha d'ocupar ha de ser motiu de requeriment d'esmena i de paralització de la gestió de l'oferta de treball. En cas que es detectin indicis de discriminació i no s'hagin resolt en el tràmit anterior, la norma estableix que s'informarà d'aquest fet la Inspecció de Treball de Catalunya, als efectes que estableix l'article 8.12 del TRLISOS.

Una de les primeres qüestions controvertides del Decret 86/2015 és el seu pronunciament sobre la determinació de l'obligació de reserva. Així, en el seu article 3.3 s'estableix que, quan el nombre final que resulti d'aplicar el 2% respecte del total de la plantilla de l'empresa sigui una fracció igual o més gran que 0,5, s'arrodonirà a l'alça fins a la unitat. Ja hem vist en apartats anteriors que altres organismes públics i una part apreciable de la doctrina científica han arribat a aquesta mateixa conclusió. Amb tot, i al marge que convé perseverar en el fet que no sembla la interpretació més plausible des del punt de vista de la literalitat de la norma, i per descomptat la més compassiva amb els principis rectoris del dret administratiu sancionador, el cert és que en aquest cas cal plantejar-se, a més, si no ha tingut lloc un excés competencial en el Decret 86/2015, ja que la regulació afecta, més enllà de la gestió de l'excepcionalitat, el contingut material de l'obligació de reserva. En tot cas, si s'admet el criteri, ha de que-

dar circumscrit només a l'àmbit de la gestió i no pot ser invocat en un procediment sancionador per determinar un eventual incompliment empresarial de l'obligació de reserva.

En la regulació de les situacions d'excepcionalitat i en la determinació de les mesures alternatives al compliment de l'obligació de reserva, la norma catalana es limita a reproduir el contingut de l'estatal, si bé afegeix que en l'aplicació d'aquestes mesures les empreses han de garantir el compliment del principi d'igualtat de tracte i d'oportunitats de dones i homes, tant en l'accés a l'ocupació com en la relació de treball. En aquest cas, es tracta de la derivació del principi constitucional d'igualtat i, consegüentment, el seu reforç sempre ha de ser ben rebut, sobretot si considerem que els supòsits de pluridiscriminació limiten de manera extraordinària les possibilitats d'ocupació de moltes persones. L'edat i el sexe, com ja hem vist, són circumstàncies coadjuvants amb la discapacitat en la dificultat de l'accés a l'ocupació i del desenvolupament normal d'una activitat professional.

Pel que fa a la gestió pròpiament dita de les situacions d'excepcionalitat, aquesta gestió s'inicia amb la presentació de la corresponent sol·licitud per part de l'empresa, que està obligada a reservar ocupació per a persones amb discapacitat però que vol eludir per aquesta via el compliment d'aquesta obligació. Aquestes empreses han de formular la sol·licitud de declaració d'excepcionalitat i d'autorització de les mesures alternatives, de manera conjunta, mitjançant els formularis que es poden trobar al lloc web del Departament competent en matèria d'ocupació i relacions laborals de la Generalitat de Catalunya,⁵⁰ al Canal Empresa⁵¹ o al web de tràmits de la Generalitat.⁵² Juntament amb la sol·licitud, les empreses han d'aportar la documentació que sigui preceptiva, segons els casos, incloent-hi un document acreditatiu de la comunicació de la sol·licitud a la representació legal de les persones treballadores.

Un cop formalitzat l'imprès, cal adreçar-se a la direcció general competent en matèria de relacions laborals i es presentarà en qualsevol oficina de la xarxa d'oficines de gestió empresarial (OGE), indicades al Canal Empresa, o telemàticament mitjançant la plataforma Canal Empresa, juntament amb la documentació que determina el mateix imprès. També es pot presentar en qualsevol de les formes previstes en l'article 25 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya.

Un cop formulada la sol·licitud, la direcció general competent en matèria de relacions laborals serà l'òrgan competent per resoldre l'eventual declaració d'excep-

50. <http://treballiaferssocials.gencat.cat/ca/inici/index.html>

51. <https://canalempresa.gencat.cat/ca/inici/>

52. <http://web.gencat.cat/ca/tramits/index.html>

cionalitat i l'autorització de mesures alternatives formulades, si escau. El termini per a la resolució és de dos mesos, comptats des de la data de presentació de la sol·licitud. En cas que hagi transcorregut aquest termini sense que recaigui resolució administrativa expressa, s'ha d'entendre que aquesta resolució és positiva. El silenci administratiu, per tant, és positiu en aquest cas, cosa que permet obtenir una declaració d'excepcionalitat sense resolució expressa. Una altra cosa és la validesa de les mesures alternatives, que resta condicionada pel fet que s'ajustin al que estableix la seva normativa reguladora, amb la qual cosa el silenci administratiu no pot validar una mesura no prevista a la norma o diferent de la que regula aquesta norma. L'òrgan competent per a dictaminar sobre la situació d'excepcionalitat i les mesures alternatives sol·licitarà informe a la Inspecció de Treball de Catalunya, segons el que preveu cadascun dels procediments.

La declaració d'excepcionalitat i d'autorització de mesures alternatives tindrà una vigència de tres anys, que es comptaran des del dia de la notificació de la corresponent resolució administrativa o des de l'efecte del silenci administratiu, si escau. Un cop transcorregut aquest termini, les empreses han de sol·licitar una nova declaració, en cas que persisteixi l'obligació de reserva d'ocupació per a persones amb discapacitat. Segons el que disposa el Decret 86/2015, l'excepcionalitat té vigència per períodes anuals naturals, de gener a desembre, i es poden computar com a mesures alternatives les quanties abonades a les entitats autoritzades com a beneficiàries des del mes de gener de l'any en curs. No obstant això, la norma preveu que quan la sol·licitud es presenti en els mesos d'octubre a desembre els efectes del reconeixement de l'excepcionalitat comencin l'any següent, excepte si l'empresa vol que la vigència del reconeixement de l'excepcionalitat tingui efectes des de l'inici de l'any en curs. En aquest darrer cas, ho haurà de sol·licitar expressament i caldrà justifiqui aquesta sol·licitud. Quan en les actuacions practicades es detectin indicis de discriminació per part de l'empresa, la norma determina que l'òrgan competent ha de donar trasllat a la Inspecció de Treball de Catalunya.

Un cop obtinguda la declaració d'excepcionalitat, l'empresa autoritzada haurà d'aplicar les mesures alternatives establertes en la resolució. En els supòsits en què estigui vigent una declaració d'excepcionalitat i l'empresa presenti una variació sobtada de la seva plantilla, derivada d'un expedient de regulació d'ocupació, d'una fusió d'empreses o d'una venda de part de l'empresa, el Decret 86/2015 estableix que es podrà calcular la quota de reserva del 2% tenint en compte la plantilla resultant dels actes jurídics esmentats. En aquests casos l'empresa podrà presentar un nou expedient perquè es puguin considerar les dades actuals de volum de plantilla, sense que calgui computar la mitjana dels dotze mesos anteriors, sinó que s'haurà d'indicar la plantilla existent en el moment de la presentació de la nova sol·licitud. Aquest punt també presenta problemes a l'hora de delimitar l'àmbit competencial de la norma, ja que la determinació de

les plantilles afecta el contingut material de l'obligació i, com hem vist, es regula en el Reial decret 364/2005. Podríem entendre que la norma catalana fa una interpretació plausible des del punt de vista material, però discutible en l'àmbit de les seves competències.

L'empresa també pot al·legar i acreditar, en qualsevol moment, el fet que hi hagi una variació en la mitjana de la plantilla en relació amb la que consta en la resolució de declaració d'excepcionalitat que, tot i no considerar-se una variació sobtada, comporti modificar la quota de reserva del 2%, tot plegat a fi que es pugui reconèixer aquesta modificació de la quota de reserva en una resolució complementària amb efectes des de la data de la comunicació empresarial. En aquest cas, el període que es considerarà per calcular la mitjana anual de plantilla ha de ser el dels dotze mesos immediatament anteriors al mes en què la variació sigui comunicada a l'autoritat laboral. En tot cas, l'empresa que es trobi en les situacions anteriors presentarà memòria anual de compliment de mesures alternatives i acreditarà el compliment de les seves obligacions econòmiques, tenint en compte la diferent quota de reserva corresponent al període anterior i posterior a la comunicació de la nova realitat empresarial.

Però a més de variacions en les seves plantilles que modifiquin l'abast de l'obligació de reserva, les empreses també poden experimentar, dins de l'àmbit de vigència d'una declaració d'excepcionalitat, variacions en el nombre de persones amb discapacitat contractades. En aquests casos, l'empresa pot informar l'autoritat laboral de noves contractacions de persones amb discapacitat per sobre del nombre de les declarades en la sol·licitud inicial, a l'efecte que aquesta nova situació sigui reconeguda en una resolució complementària. L'empresa ha d'indicar la data de la contractació i acreditar la declaració de discapacitat de les persones treballadores contractades, perquè es pugui considerar una disminució de la quantia que s'ha d'abonar en el període anual finalitzat en concepte de mesures alternatives. En aquests casos, en incrementar l'empresa la seva quota de reserva real, la disminució de la quantia de les mesures alternatives serà proporcional als mesos en què consten d'alta en plantilla els nous treballadors amb discapacitat.

Per contra, si es produeix una disminució del nombre de persones treballadores amb discapacitat en plantilla respecte del nombre que consta a la resolució de reconeixement de l'excepcionalitat, l'empresa ha de contractar noves persones amb discapacitat, almenys fins a arribar al nombre indicat a la resolució. En cas que no s'arribi a la contractació, l'intent d'aquesta s'acreditarà mitjançant la certificació del resultat negatiu de l'oferta d'ocupació gestionada per la corresponent oficina de treball del Servei d'Ocupació de Catalunya o agència de col·locació i, en aquest cas, s'ha de presentar davant de la direcció general competent en matèria de relacions laborals una sol·licitud de resolució complementària perquè es reculli la nova realitat empresarial i, si escau, s'ampliï l'excepcionalitat reconeguda.

Per acabar els aspectes procedimentals, el Decret 86/2015 regula específicament els procediments per a l'obtenció de la declaració d'excepcionalitat per les dues vies possibles: inexistència de persones amb discapacitat davant d'una oferta d'ocupació i al·legació empresarial de causes econòmiques, tècniques, organitzatives o productives.

En relació amb les mesures alternatives que han d'aplicar les empreses degudament autoritzades, el Decret 86/2015 es refereix a cada una separadament. Quan la mesura alternativa sol·licitada consisteixi en la subscripció d'un contracte mercantil o civil amb un centre especial d'ocupació, aquest centre ha d'estar inscrit en el registre corresponent —l'empresa ha d'indicar quin és el registre on consta inscrit el centre i el número d'inscripció— i l'objecte del contracte ha de coincidir amb l'activitat o les activitats econòmiques que constin per a aquest centre en aquest registre. En els supòsits en què la mesura alternativa consisteixi en la subscripció d'un contracte mercantil o civil amb una persona treballadora autònoma amb discapacitat, aquesta persona ha de tenir el corresponent certificat de discapacitat i ha d'estar donat d'alta en el Règim Especial de Treballadors Autònoms. En tots dos casos, la sol·licitud consignarà el contractista, l'objecte del contracte, l'import i la durada de la mesura i el nombre de persones amb discapacitat a què equival l'import anual dels serveis o subministraments contractats. En cas que la mesura sol·licitada sigui la constitució d'un enclavament laboral, s'han d'adjuntar les dades del centre especial d'ocupació que subscriu el contracte corresponent, el nombre de persones amb discapacitat que han d'ocupar l'enclavament laboral, l'import i la durada de la mesura, i el nombre de persones treballadores amb discapacitat a què equival l'import dels serveis contractats.

Quan la sol·licitud de la mesura alternativa consisteixi en la realització de donacions a fundacions o associacions d'utilitat pública, ha d'incloure el nom de la fundació o l'associació d'utilitat pública destinatària, l'import de la mesura i el nombre de contractes amb persones amb discapacitat a què equival la donació. La sol·licitud ha d'anar acompanyada d'una memòria subscripta per l'entitat beneficiària que especifiqui el projecte concret al qual es destinarà l'import de la donació objecte d'autorització com a mesura alternativa. Entre altres punts, s'explicitarà l'objecte del projecte, la cronologia prevista d'execució de les accions, l'impacte favorable previst i el nombre de persones amb discapacitat beneficiades pel projecte.

Per acabar, a efectes de seguiment i control per part de l'Administració, les empreses autoritzades han d'enviar anualment una memòria, en el model normalitzat establert pel Departament competent en matèria d'ocupació i relacions laborals, on consti el compliment de la mesura alternativa autoritzada, cosa que s'acredita mitjançant una certificació de l'entitat beneficiària de la mesura, també en un model normalitzat. Aquesta certificació indicarà la part corresponent a l'impost sobre el valor afegit, degudament desglossat, que no es tindrà en compte a efectes del còmput de la quantia de la mesura alternativa. Les empreses han de

presentar una sola memòria anual, independentment que durant l'any de referència de la memòria hagin recaigut diverses resolucions de reconeixement d'excepcionalitat. En aquest cas, la memòria ha d'indicar les dates de les diferents resolucions de reconeixement d'excepcionalitat i de les resolucions complementàries, i s'ha de presentar, com a màxim, dins dels tres mesos següents al de la finalització de l'any natural que s'hagi de considerar. En tots aquells supòsits en què es detectin irregularitats en el compliment de les mesures alternatives o quan no s'aporti la memòria anual, se n'ha de donar trasllat a la Inspecció de Treball de Catalunya, als efectes pertinents. Finalment, les empreses interessades a obtenir un certificat acreditatiu del compliment de la quota de reserva han de presentar una sol·licitud en un model normalitzat, adjuntant a la sol·licitud la documentació acreditativa de la mitjana de plantilla de l'empresa en els últims dotze mesos anteriors a la sol·licitud. També s'ha d'aportar, si escau, la documentació acreditativa de les persones treballadores amb discapacitat que formen part de la plantilla de l'empresa.

3.3. L'aplicació del dret administratiu sancionador sobre l'obligació de reserva d'ocupació per a persones amb discapacitat

3.3.1. Les infraccions relacionades amb la quota de reserva

Si es tracta d'una obligació empresarial, la normativa reguladora del dret administratiu sancionador estableix multes econòmiques i altres sancions accessòries en aquests casos davant de l'incompliment de la quota de reserva d'ocupació per a persones amb discapacitat per part dels empresaris legalment obligats.⁵³ D'una banda, la vigilància i el control del compliment d'aquestes obligacions és encomanada a la Inspecció de Treball i Seguretat Social en la Llei ordenadora, que actualment és la Llei 23/2015, de 21 de juliol, complementada en l'àmbit reglamentari pel Reial decret 138/2000, de 4 de febrer, pel qual s'aprova el Reglament d'organització i funcionament de la Inspecció de Treball i Seguretat Social, i el Reial decret 928/1998, de 14 de maig, pel qual s'aprova el Reglament general sobre procediments per a la imposició de sancions per infraccions d'àmbit social i per als expedients liquidadors de quotes de la Seguretat Social. D'altra banda, i en aquesta qüestió específica de la quota de reserva d'ocupació per a persones amb discapacitat, la Direcció General de la Inspecció de Treball i Seguretat Social ha dictat el Criteri tècnic 98/2016, al qual ja hem fet referència al llarg d'aquesta obra.

53. No hi ha cap precepte equivalent per a l'incompliment de la quota de reserva que estableix l'article 59 de l'EBEP, ja que en aquests casos les conseqüències dels incompliments es regiran per la normativa reguladora dels actes administratius, sotmesos al procediment regulat en la Llei 39/2015, d'1 d'octubre.

En aquest criteri tècnic es diu que la intensificació i generalització de la vigilància programada de l'obligació empresarial de reserva d'ocupació per a persones amb discapacitat ha tingut un impacte positiu en la difusió i el compliment de la normativa en aquesta matèria, si bé aquesta normativa és complexa i sovint requereix interpretacions que no sempre són pacífiques. La Inspecció insisteix en la necessitat de dur a terme accions coordinades en aquesta matèria, atesa la transcendència laboral i social de les actuacions inspectores en aquest àmbit, per generalitzar el coneixement de la normativa vigent, potenciar les diferents línies de treball i fomentar l'ús de les eines disponibles per a la generació d'actuacions programades. Amb aquesta finalitat, el Criteri tècnic 98/2016 inclou les diferents normatives aplicables, tant en l'àmbit nacional com en l'internacional, i també un conjunt de pràctiques administratives adoptades en les actuacions inspectores dutes a terme en aquesta matèria que han posat de manifest la necessitat de la seva extensió per aconseguir els fins descrits anteriorment.

Però centrant l'atenció en els aspectes propis del dret sancionador en aquesta matèria, actualment la regulació en aquest àmbit es concreta en l'article 15.3 del TRLISOS, que estableix que és una infracció greu l'incompliment, en matèria d'integració laboral de persones amb discapacitat, de l'obligació legal de reserva de llocs de treball per a persones amb discapacitat o de l'aplicació de les seves mesures alternatives de caràcter excepcional. La redacció d'aquest precepte, inclòs en la secció tercera del capítol I del TRLISOS, que conté les infraccions en matèria d'ocupació, és a grans trets correcta des del punt de vista de la tipificació, i no presenta problemes en la majoria de les actuacions inspectores. No obstant això, no es preveuen sancions per a l'incompliment de les obligacions formals que deriven de la principal en els supòsits d'excepcionalitat, amb aplicació de mesures alternatives, com ara la de presentar una memòria anual davant del servei públic d'ocupació competent. Aquests incompliments es podrien incloure en l'article 14 del TRLISOS com a infraccions lleus, cosa que permetria a l'Administració disposar d'un element de dissuasió en els casos en què les empreses no compleixin degudament les obligacions formals derivades de l'aplicació de mesures alternatives. Tampoc no apareixen al TRLISOS les infraccions relatives a les entitats destinatàries de les mesures alternatives, ja que totes tenen obligacions específiques recollides al Reial decret 364/2005. Tenint en compte que es tracta d'una norma laboral, sembla que el lloc adequat per tipificar aquestes infraccions seria precisament la norma laboral sancionadora, és a dir, el mateix TRLISOS.

També plantegen problemes, amb la tipificació actual, els supòsits en què no es produeix un incompliment de l'obligació «legal» de reserva d'ocupació per a treballadors amb discapacitat però en els quals sí que s'incompleix una altra obligació de naturalesa convencional, en aquells casos en què el conveni col·lectiu aplicable estableix obligacions específiques en relació amb la quota de reserva d'ocupació. Considerant la redacció actual de l'article 15.3 del TRLISOS, no es podrà sancio-

nar una empresa per aquests incompliments convencionals per aquesta via, llevat que es faci una interpretació generosa del precepte, cosa poc recomanable pel fet de tractar-se de dret sancionador.

A més d'aquesta infracció genèrica, les empreses que duen a terme actuacions relacionades amb l'obtenció de la declaració d'excepcionalitat poden incórrer en unes altres infraccions, no específicament relatives a l'obligació de reserva, però tipificades com a molt greus en el TRLISOS. Ens referim, concretament, a aquells supòsits en què, com a tràmit previ a la sol·licitud de declaració d'excepcionalitat, es duen a terme processos de selecció de treballadors amb discapacitat en els quals, premeditadament o no, s'incorre en discriminació en l'accés a l'ocupació. En aquest sentit, l'article 16.2 del TRLISOS tipifica com a molt greu en matèria d'ocupació la infracció que consisteix a sol·licitar dades de caràcter personal en els processos de selecció o a establir condicions, mitjançant la publicitat, la difusió o per qualsevol altre mitjà, que constitueixin discriminacions per a l'accés a l'ocupació per motius de sexe, origen, incloent-hi el racial o ètnic, edat, estat civil, discapacitat, religió o conviccions, opinió política, orientació sexual, afiliació sindical, condició social i llengua dins de l'Estat. En aquest àmbit, es poden plantejar ofertes de treball en què els requisits exigits als candidats amb discapacitat són notòriament desproporcionats respecte a les exigències objectives del lloc de treball ofert, o bé quan aquests requisits difereixen essencialment dels que l'empresa ha establert per a llocs de treball semblants en processos de selecció anteriors per a tota mena de treballadors. També pot incórrer en la comissió d'aquesta infracció l'empresa que ofereix llocs de treball que en realitat no existeixen o la cobertura dels quals resultarà impossible, considerant les característiques d'aquests llocs de treball, per als treballadors amb discapacitat. D'altra banda, malgrat que es tracti de llocs de treball reals i amb requisits raonables per als candidats, pot succeir el fet que la mateixa gestió de la selecció d'ocupació sigui discriminatòria quan els candidats siguin rebutjats sense una motivació objectiva suficient. Finalment, la jornada que s'ofereixi també pot ser un element de discriminació, en aquells casos en què es vulgui dividir un lloc de treball en uns quants, a fi de reduir la jornada de cadascú per elevar d'una manera artificialment el nombre de treballadors amb discapacitat contractats a efectes de la quota de reserva.

3.3.2. Sancions derivades de l'incompliment de l'obligació de reserva

Com hem vist, l'incompliment de l'obligació de reserva d'ocupació regulada en l'article 42.1 del TRLGDPD apareix tipificat en el TRLISOS com a infracció greu en matèria d'ocupació, fet que comporta la imposició de sancions econòmiques d'entre 626 i 6.250 euros, d'acord amb el que disposa l'article 40 del TRLISOS i el Reial

decret 306/2007, de 2 de març. El cert és que, si tenim en compte l'import que moltes vegades tenen les mesures alternatives, pot passar que algunes empreses es qüestionin si els compensa o no el fet de contractar treballadors amb discapacitat. Per aquest motiu, considerant a més la transcendència social de la qüestió, potser convindria replantejar la qualificació de la infracció, que podria passar de greu a molt greu, de manera que la quantia de la sanció passaria a ser d'entre 6.251 i 187.515 euros.

Els criteris de graduació de la sanció, que en poden agreujar o atenuar l'import, seran els que estableix amb caràcter general l'article 39.2 del TRLISOS, és a dir, la negligència i intencionalitat del subjecte infractor, el frau o la connivència, l'incompliment de les advertències prèvies i els requeriments de la Inspecció, la xifra de negocis de l'empresa, el nombre de treballadors o de beneficiaris afectats, si escau, el perjudici causat i la quantitat defraudada. Aquesta configuració dificulta, a l'hora d'imposar sancions a les empreses incomplidores d'aquesta obligació, graduar adequadament segons els diferents graus d'incompliment, de manera que les diferències pel que fa a l'import de les sancions entre els petits i els grans incompliments no seran notables. Evidentment, el criteri del nombre de treballadors afectats es pot fer servir per elevar el grau de la sanció i, consegüentment, l'import, però potser seria més adequat considerar, com ja succeeix en altres supòsits previstos en el mateix TRLISOS, quant a la infracció tipificada en l'article 15.3, que l'empresari incomplidor ha comès tantes infraccions com treballadors amb discapacitat ha deixat de contractar respecte a la seva obligació de reserva del 2%. En termes pràctics, una empresa de 1.000 treballadors que incompleix actualment de manera absoluta la seva quota de reserva podria ser sancionada per l'omissió de les 20 contractacions de treballadors amb discapacitat amb una multa màxima de 6.250 euros, mentre que una empresa de dimensions idèntiques amb 19 treballadors amb discapacitat contractats seria sancionada amb una multa d'entre 626 i 6.250 euros, valorant a aquests efectes la resta de criteris de graduació. Amb tot, si cada ommissió de contractació comportés una infracció, en el darrer cas la sanció seria la mateixa, mentre que en el primer cas la sanció d'entre 626 i 6.250 euros es multiplicaria per vint. Aquesta solució sembla, des del punt de vista del principi de proporcionalitat de les sancions, més adequada que l'actual.

No obstant això, davant de la impotència dissuasiva d'aquestes sancions econòmiques, el legislador ha decidit complementar-les amb altres d'accessòries. Així, la Llei 26/2011, d'1 d'agost, d'adaptació normativa a la Convenció Internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, va introduir una novetat molt rellevant en aquesta matèria, ja que va modificar l'article 46 del TRLISOS per establir que, a més de les infraccions molt greus en matèria d'ocupació i de Seguretat Social, regulades en els articles 16 i 23 del TRLISOS, la infracció greu recollida a l'article 15.3, és a dir, l'incompliment del que estableix l'article 42.1 del TRLGDPD, pot generar l'aplicació de sancions accessòries. Posteriorment, la Llei 13/2012, de 26 de de-

sempre, va donar nova redacció a l'article 46 del TRLISOS, de manera que actualment les sancions accessòries, en cas d'incompliment de l'obligació de reserva d'ocupació per a treballadors amb discapacitat, són les següents:

– Pèrdua automàtica de les ajudes, les bonificacions i, en general, els beneficis derivats de l'aplicació dels programes d'ocupació, amb efectes des de la data en què es va cometre la infracció. Des de l'entrada en vigor de la ja esmentada Llei 13/2012, la pèrdua d'aquests incentius es produirà de manera proporcional al nombre de treballadors afectats per la infracció, i afectarà els d'una quantia més gran, amb preferència sobre els que la tinguessin menor en el moment de cometre la infracció. Aquest criteri ha de constar necessàriament a l'acta d'infracció, de forma motivada.

– Possibilitat d'excloure l'empresari sancionat de l'accés a aquests beneficis per un període màxim de dos anys, amb efectes des de la data de la resolució que imposi la sanció. En aquest cas, no actua el principi d'automaticitat establert per a la sanció accessòria anterior, si bé la Llei 13/2012 d'alguna manera va resoldre, encara que potser no de la millor manera possible, un problema que es plantejava en general amb l'aplicació d'aquesta sanció accessòria, que era l'absència de criteris en el mateix TRLISOS per a l'apreciació d'aquesta, de manera que semblava que depengués de la discrecionalitat de l'inspector o subinspector actuants. En l'actualitat, l'article 46.3 estableix com a criteris de graduació d'aquesta sanció accessòria els mateixos que, amb caràcter general, es recullen en l'article 39.2 del mateix TRLISOS.

Sobre la primera d'aquestes sancions accessòries cal assenyalar que no sembla que la millor via per reforçar la dissuasió sobre l'incompliment de la quota de reserva sigui, precisament, eliminar altres mecanismes d'acció positiva que les empreses apliquen, atès que suprimir aquests incentius econòmics pot comprometre seriosament l'estabilitat dels llocs de treball dels treballadors les contractacions dels quals van generar-los. D'aquesta manera, i amb la configuració actual de l'article 46 del TRLISOS, podria passar que, en una empresa en què s'incompleix parcialment la quota de reserva de treballadors amb discapacitat, la sanció accessòria per aquest incompliment provoqués la pèrdua de les bonificacions que l'empresa s'aplica per la contractació d'algun treballador amb discapacitat, amb la qual cosa podríem concloure que la situació, en termes de creació i manteniment del lloc de treball d'aquests treballadors, podria ser pitjor que la que hi havia abans de l'actuació sancionadora. D'altra banda, quant a la segona sanció accessòria, tampoc no sembla que el fet de privar les empreses incomplidores de l'obligació de reserva de les bonificacions que en el futur podrien obtenir pel fet de contractar treballadors amb discapacitat resulti especialment eficaç perquè se superi la situació d'incompliment. Per tant, cal insistir en el fet que el reforç dels elements dissuasius de l'incompliment de l'obligació de reserva ha de venir per un increment en la quantia de les sancions, i no per l'aplicació de sancions ac-

cessòries que poden afectar greument l'estabilitat en el lloc de treball dels mateixos treballadors amb discapacitat, malgrat que continua havent-hi opinions discrepants sobre aquest últim aspecte.

Així mateix, cal assenyalar que, atès que aquestes sancions accessòries són aplicables quan els empresaris «hagin comès la infracció greu prevista en l'article 15.3», considerant que, com hem vist, no és possible aplicar aquest precepte als incompliments de les obligacions de reserva establertes en conveni col·lectiu, tampoc no es podran aplicar les sancions accessòries en aquests supòsits, amb la qual cosa la impunitat resulta absoluta. Tant en el cas de la sanció principal com en el de les accessòries, la impossibilitat d'aplicació als incompliments convencionals afectarà tant els supòsits d'obligació directa de contractació de treballadors amb discapacitat com els d'excepcionalitat establerts en la negociació col·lectiva. No són gaires els convenis col·lectius que amplien la quota de reserva establerta en l'article 42.1 del TRLGDPD, però el cert és que quan ho fan l'eficàcia d'aquestes clàusules resta molt condicionada per l'absència de tipificació al TRLISOS a què fèiem referència. Aquesta situació afavoreix, a vegades, clàusules convencionals il·lusòries relacionades amb l'obligació de reserva, afavorides per la sensació d'impunitat ja descrita, cosa que reforça la necessitat de tipificar aquests incompliments per afavorir una negociació col·lectiva saludable en aquest àmbit.

Per acabar, s'ha d'assenyalar que la Llei 13/2012, de 26 de desembre, va introduir una altra novetat interessant al TRLISOS, en incloure un últim paràgraf al seu article 39.2 relacionat amb els supòsits de reincidència, que estan regulats amb caràcter general en l'article 41. Així, en el supòsit de la infracció tipificada en l'article 15.3, la sanció s'imposarà en el seu grau màxim quan, en els dos anys anteriors a la data de la comissió de la infracció, el subjecte responsable ja hagi estat sancionat en ferm per incompliment de l'obligació legal de reserva de llocs de treball per a persones amb discapacitat o de l'aplicació de les seves mesures alternatives de caràcter excepcional. D'aquesta manera, s'amplia el període de referència per a l'apreciació de la reincidència, que amb caràcter general és de 365 dies, i les conseqüències d'aquesta reincidència, ja que l'article 41 preveu que la quantia de les sancions es pugui incrementar fins al doble del grau de la sanció corresponent a la infracció comesa, sense sobrepassar, en cap cas, les quanties màximes previstes en l'article anterior per a cada tipus d'infracció.

Reflexions finals

Com hem pogut comprovar, l'ocupació de les persones amb discapacitat, tant en les administracions com en les empreses públiques, presenta aspectes molt complexos que van des de la mateixa terminologia i la conceptualització de la discapacitat fins a la determinació dels subjectes obligats a aplicar les mesures d'acció positiva necessàries per possibilitar la incorporació d'aquestes persones al mercat de treball públic en condicions d'igualtat d'oportunitats i permetre posteriorment el desenvolupament de les seves activitats professionals amb igualtat de tracte respecte de les persones que no presenten una discapacitat jurídicament rellevant. Cal preguntar-se, al final d'aquesta obra, si la configuració actual de l'ocupació pública quan afecta administracions o empreses públiques —ja sigui afectada per la quota de reserva de l'EBEP o per la quota de reserva del TRLGDPD— permet concloure que els objectius d'inclusió d'aquestes persones en entorns d'ocupació pública normalitzada s'han aconseguit o si, com a mínim, es donen les condicions perquè això sigui possible en un futur que no sigui llunyà. Malauradament, la resposta a aquesta qüestió ha de ser negativa.

Malgrat els esforços del legislador per configurar entorns normatius que, fins i tot obligant imperativament a incorporar persones amb discapacitat en alguns casos, facin possible el desenvolupament normal de l'accés a l'ocupació d'aquestes persones, aquests esforços no han estat recompensats per l'èxit a la pràctica. El nombre de persones que s'incorporen a l'ocupació pública a Espanya dista molt d'assolir l'objectiu del 2%, que era el fixat pel legislador fins i tot abans de l'entrada en vigor del primer EBEP el 2007 i de l'increment dels percentatges de reserva d'ocupació pública, que van començar en el 3% i que ara se situen en el 7%. En tot cas, no sembla que apujar els percentatges sigui especialment eficaç, perquè el problema no és el nombre de places reservades, sinó la dificultat que continuen tenint moltes persones amb discapacitat per accedir-hi. Això és conseqüència d'una situació generalitzada de falta d'igualtat d'oportunitats, que comença amb el sistema educatiu i que s'arrossega al llarg de la vida de moltes persones en els diferents àmbits de la vida social. No serveix de res limitar-se a dur a terme una convocatò-

ria amb places reservades a persones amb discapacitat si abans no s'ha afavorit un entorn educatiu, cultural i social favorable a la inclusió d'aquestes persones en condicions de veritable igualtat d'oportunitats.

Per aquest motiu els esforços de l'ocupador públic no s'han d'acabar amb la convocatòria de les places, encara que s'incloguin mesures d'adaptació en els processos selectius. Cal aplicar mesures correctores de la discriminació realment eficaces i, per fer-ho, convé recordar que allò que fa realment útil i legítima una mesura d'acció positiva és la seva intensitat, que ha de ser proporcional a la de la situació de desigualtat que vol corregir. En el cas de l'ocupació de les persones amb discapacitat, la situació de partida és pèssima, amb taxes d'activitat molt baixes i taxes d'atur molt altes en relació amb les de les persones que no presenten discapacitat. És per això que les mesures correctores, l'acció positiva en definitiva, han de ser més intenses, i cal considerar que la correcció de la discriminació requereix un esforç més gran, que comporta aplicar mesures complementàries a la simple quota de reserva en l'accés a l'ocupació pública.

Aquestes mesures complementàries haurien d'anar dirigides especialment a millorar els aspectes formatius dels candidats amb discapacitat i a incrementar les seves possibilitats de superació de les proves d'accés, amb les mateixes exigències de la resta de candidats, però establint itineraris més favorables, que permetin assolir la veritable igualtat d'oportunitats en aquest àmbit. La intensificació de l'ampliació dels temps i l'adaptació dels mitjans, sens dubte, afavoririen la consecució d'aquest objectiu, però amb això no n'hi ha prou. Per tant, una proposta per valorar consistiria en el fet que l'Administració convocant adquirís un compromís formatiu amb les persones amb discapacitat que hagin optat a places de la quota de reserva i hagin obtingut un resultat insuficient per a l'assignació de la plaça però suficient per considerar que amb un suport formatiu específic s'aconseguirà l'objectiu. Sens dubte, mesures com la que es proposa afavoririen la incorporació de persones amb discapacitat a l'ocupació pública, sense comprometre recursos públics excessius i acomplint d'una manera real l'exigència d'igualtat d'oportunitats.

Pel que fa a l'ocupació no pública i a l'ocupació pública afectada per la quota de reserva del TRLGDPD, per evitar que l'objectiu principal de creació d'ocupació en el mercat de treball ordinari per a les persones amb discapacitat quedi relegat a un paper residual, s'haurien de configurar les situacions d'excepcionalitat de manera que la seva aplicació a la pràctica sigui tan restrictiva com requereixi aquest objectiu. Per tant, el TRLGDPD s'hauria de modificar mantenint l'actual sistema de quota amb contribució compensatòria, però limitant l'ús de mesures alternatives a les situacions reals d'excepcionalitat, degudament constatades per l'organisme administratiu competent, sempre que aquestes situacions generin efectivament una impossibilitat per contractar persones amb discapacitat. Una acció administrativa més gran i la conversió de l'actual silenci administratiu positiu en negatiu semblen dues mesures adequades.

Quant a les mesures alternatives, és necessari modificar-ne la configuració actual, molt especialment pel que fa a la determinació de la valoració que hagin de tenir respecte al compliment de la quota de reserva. En aquest sentit, convé introduir paràmetres de càlcul que no se centrin exclusivament en dades de caràcter econòmic, com succeeix actualment, sinó que permetin determinar de la manera més precisa possible l'impacte que la mesura hagi pogut tenir en la creació d'ocupació per a persones amb discapacitat en el mercat protegit o, si escau, en l'ordinari. També cal delimitar els supòsits d'utilització de les mesures alternatives relatives a la contractació mercantil o civil amb centres especials d'ocupació o amb treballadors autònoms amb discapacitat, evitant que ocultin activitats de simple intermediació o interposició i afavorint el trànsit dels treballadors contractats per aquests centres cap al mercat ordinari de treball.

Finalment, respecte al dret sancionador en aquesta matèria, es necessita una major proporcionalitat en la qualificació i graduació de les sancions en relació amb la quota de reserva. El recurs al dret sancionador en aquest àmbit no ha de resultar prioritari en cap cas en l'actuació administrativa, però en aquells casos en què la contumàcia i la persistència en l'incompliment ho requereixin, les sancions han de ser adequades, proporcionades i prou dissuasives. Els pocs avenços que ha presentat el legislador en aquest sentit resulten clarament insuficients, de manera que el pas d'una tipificació com a infracció greu a una altra de molt greu sembla, també, una mesura adequada. Així, es potenciarien els efectes dissuasius en incrementar-se la quantia de la sanció.

Bibliografía d'interès

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

L'autor

Jorge Pérez Pérez és doctor en Dret i màster en Prevenció i Seguretat per la Universitat Autònoma de Barcelona (UAB). Actualment, és professor associat de la Universitat Autònoma de Barcelona i subinspector laboral, d'ocupació i Seguretat Social, en la Inspecció de Treball i Seguretat Social de Barcelona.

Ha publicat diverses monografies i ha participat en nombroses publicacions relacionades amb el dret del treball i de la Seguretat Social. Les seves àrees d'especialització són el treball de les persones amb discapacitat, la contractació laboral, la gestió i l'acció protectora de la Seguretat Social, i també les relacions de treball a les administracions públiques.



cemical

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

cemical.diba.cat

El CEMICAL, constituït per la Diputació de Barcelona, la Federació de Municipis de Catalunya, l'Associació Catalana de Municipis i Comarques, la Federació de Serveis Públics de la UGT de Catalunya i la Federació de Serveis a la Ciutadania de CCOO, té dos objectius: promocionar el progrés de les relacions entre els representants de les entitats locals i el personal al seu servei, i afavorir la resolució dels conflictes laborals. Amb la col·lecció «Estudis de Relacions Laborals», el Consorci es proposa facilitar el diàleg social, mitjançant la reflexió i el debat, i abordar qüestions que són objecte de discussió en les taules de negociació.

El treball de les persones amb discapacitat ha estat objecte d'una intensa regulació, que tendeix a millorar les seves oportunitats d'ocupació i la qualitat d'aquestes relacions laborals. Les administracions públiques han de tenir un paper rellevant en aquest sentit, atès que han de potenciar els mecanismes d'inclusió laboral d'aquestes persones i han de complir i fer complir les obligacions que garanteixen una autèntica igualtat d'oportunitats i de tracte en l'àmbit de l'ocupació, en general, i de l'ocupació pública, en particular. Aquest llibre vol analitzar aquesta situació i donar resposta a les qüestions rellevants que planteja.

- 1** La funcionarització del personal laboral al servei de les corporacions locals catalanes: 101 preguntes, 101 respostes
- 2** L'assetjament psicològic: incidència en el sector públic
- 3** La carrera administrativa: noves perspectives
- 4** La conciliació de la vida laboral i familiar del personal al servei de les entitats locals catalanes
- 5** El personal directiu a l'Administració local
- 6** El personal laboral de les corporacions locals després de l'Estatut bàsic de l'empleat públic
- 7** Els òrgans de representació del personal funcionari: delegats i juntes de personal. Una visió crítica
- 8** L'acomiadament col·lectiu en les administracions i els ens públics. Marc general, causes i procediment
- 9** Aplicació del principi de no-discriminació al personal temporal al servei de l'Administració pública
- 10** La reducció de la jornada i l'excedència per tenir cura dels fills o els familiars a les administracions públiques
- 11** La discapacitat i l'ocupació a les administracions públiques