

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

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

Public Administration measures for the hiring of persons with disabilities

54
Regap

PALOMA CANEIRO GONZÁLEZ

Doutoranda en Dereito Administrativo Iberoamericano
Universidade da Coruña

Membro do Observatorio de Políticas Públicas en Materia de Discapacidade, Atención á Diversidade e Igualdade de Oportunidades Bolseira da Fundación ONCE, programa “Oportunidade ao Talento”, 2014
paloma.caneiro.gonzalez@udc.es

CRISTEL MAGDALENA PÉREZ HERMIDA

Avogada

Membro do Observatorio de Políticas Públicas en Materia de Discapacidade, Atención á Diversidade e Igualdade de Oportunidades
cristelperez@icacor.es

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

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

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

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

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

Abstract: The right to employment of persons with disabilities also takes place within the public Administration. It has been diverse the state regulations that have covered this type of direct contracting with the Administration and

* Paloma: Hoxe fuches cara á luz, deixando corazóns tristes tras ti, e logros que permanecerán imperturbables na historia (06/01/2018).

Regap



ESTUDIOS

indirect through the subcontracting. Labour policies in favour of the hiring of persons with functional diversity have had a variety of outcomes; however, it cannot be concluded that labour discrimination has waned.

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

Sumario: 1 Introducción. 2 Normativa de medidas a favor da contratación pública de persoas con discapacidade. 2.1 O acceso das persoas con discapacidade ás convocatorias de quenda libre e de dereito reservado nos procesos selectivos. 2.2 Cotas de reservas de postos de traballo para persoas con discapacidade en empresas públicas ou privadas. 3 As cláusulas sociais nos concursos de contratación pública. 4 O concepto de persoa con discapacidade. Xurisprudencia sobre prácticas discriminatorias nas contratacións pública ou privada. 4.1 O concepto de persoa con discapacidade no emprego público. 4.2 Concepto de discapacidade na empresa privada. Diferenza discapacidade-enfermidade no marco de aplicación da Directiva 2000/78. 4.3 Prácticas discriminatorias nas contratacións pública ou privada. 5 Conclusións. 6 Bibliografía. 7 Apéndice xurisprudencial.

1 Introducción

Un concepto que foi adquirindo maior relevancia conforme pasan os anos é a chamada "*responsabilidade social*". Está asociado a empresas privadas de grande envergadura, que crearon un gabinete con este título. En termos da contratación pública, este concepto transfórmase na chamada "*xestión pública responsable*".

Os dous termos están asociados cun ideal de compromiso a favor da sociedade. Circunscríbense a un ámbito de actuación en materias que preocupan, como o medio ambiente, as condicións laborais e a discapacidade. Este último ámbito de actuación é sobre o que versará este traballo.

No eido da contratación pública existen diversos mecanismos que incorporan e fomentan a contratación das persoas con discapacidade:

Por un lado, no concurso público de ofertas de emprego a través da reserva de prazas para persoas con discapacidade, entre outros, pero quizais o máis coñecido e relevante.

Por outro lado, mediante a incorporación de cláusulas sociais nos pregos de contratación dos procesos de licitación que son redactados pola Administración. Nestas licitacións concorren empresas privadas que prestarán por encarga da Administración certos servizos.

Tamén é frecuente atopar convocatorias de premios e subvencións polas que se premia este tipo de contratación responsable. Finalmente, en materia de Seguridade Social son diversas as exencións que se ofrecen pola contratación de persoas con discapacidade.

En definitiva, son varias as normas que propulsaron medidas a favor da contratación das persoas con discapacidade tanto no sector público como no privado. O éxito da normativa pode ser cuestionable.

As distintas organizacións internacionais e, especialmente, a Unión Europea mantiveron o tema da discapacidade como unha responsabilidade actual. Paralelamente, tamén se velou por unhas medidas de contratación sustentable que pensa no medio ambiente e na responsabilidade social. Diversas políticas inclusivas, e a favor dos dereitos das persoas con discapacidade, inundaron a actualidade social e administrativa. O correlativo fracaso, ben parcial ou total, destas políticas non foi impedimento para continuar lexislándose na materia.

O proceso de consolidación dun emprego estable das persoas con discapacidade é lento e laborioso, influído por estas políticas. Os beneficios deste tipo de contratación repercuten en diversos ámbitos, sobre todo no económico.

No marco histórico, o fomento do emprego das persoas con discapacidade pódese dividir en varias etapas:

Unha primeira estaba marcada por textos internacionais que incidían sobre a necesidade de adaptar os postos de traballo á discapacidade. Unha proposta sería diso foi a publicación no ano 1955 da Recomendación n. 99, que trataba sobre a “rehabilitación e emprego dos inválidos”¹. No ano 1982, as Nacións Unidas aproban o Programa de Acción Mundial para as Persoas con Discapacidade, co obxectivo, entre outros, de asegurar o emprego en condicións de igualdade e plena participación. Todo iso deriva no nacemento do chamado emprego con apoio, nos Estados Unidos, pola década dos oitenta.

Unha segunda etapa desmárcase coa proliferación do acervo normativo que continuou a promoción e protección do emprego das persoas con discapacidade. En España, tiveron un importante impacto os seguintes textos normativos: a Convención Internacional sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade, aprobada en 2006 polas Nacións Unidas; a Lei de integración dos minusválidos, do 7 de abril de 1982; a Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade, publicada o 3 de decembro de 2013; a Lei 51/2003, do 2 de decembro, de igualdade de oportunidades, non discriminación e accesibilidade universal das persoas con discapacidade (LIONDAU); a Lei 49/2007, do 26 de decembro, de infraccións e sancións en materia de igualdade de oportunidades, non discriminación e accesibilidade universal das persoas con discapacidade; e o Real decreto legislativo 1/2013, do 29 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social. Con este apoio normativo, nace o chamado emprego protexido e a Estratexia Española 2012-2020 sobre Discapacidade, que será un referente a longo prazo e orientará as políticas públicas de futuro.

En terceiro lugar, diversos estudos da ocupación das persoas con discapacidade conflúen na mesma conclusión: a taxa de desemprego das persoas con discapacidade supera o da media da poboación. O motivo é a situación de exclusión a que está sometido este colectivo, a mesma pola cal non son tratados como traballadores potenciais. A crise económica influíu de xeito negativo, especialmente no financiamento público que ampara moitas destas políticas. A causa diso, en Madrid tivo lugar o 2 de decembro de 2012 unha manifestación con miles de persoas para reclamarlle á Administración o recorte en dereitos. Este movemento estendeuse a Gran Bretaña, tendo lugar en Londres o 22 de xuño de 2013 outra manifestación contra a austeridade política da Unión Europea². Estes movementos sociais permiten afirmar que se inaugurou unha nova etapa. Por este motivo, é o momento idóneo de reflexionar sobre o actuado na materia e como lograr os obxectivos sociais e laborais no ámbito da contratación pública e que diversa normativa establece.

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

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

2 Normativa de medidas a favor da contratación pública de persoas con discapacidade

A normativa de acceso á función pública sostense sobre tres principios: mérito, capacidade e igualdade. Todos eles foron consagrados no artigo 19 da Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública, de conformidade co establecido nos artigos 103.3 e 23.2 da Constitución española. Esta lei introduce discriminacións positivas a favor das persoas con discapacidade, mediante a incorporación de articulado que se describe nos textos que a modificaron posteriormente.

a) A Lei 23/1988, do 28 de xullo, de modificación da Lei de medidas para a reforma da función pública, incluíu unha disposición adicional décimo novena que establecía unha cota de reserva do 3 % para as persoas con discapacidade. O seu desenvolvemento normativo agardou ata a aparición do Real decreto 364/1995, do 10 de marzo, polo que se aproba o Regulamento xeral de ingreso do persoal ao servizo da Administración xeral do Estado e de provisión de postos de traballo e promoción profesional dos funcionarios civís da Administración xeral do Estado. Este texto prevé as seguintes potestades: solicitar adaptacións de medios e tempo nas entrevistas dos concursos; instar a adaptación do posto de traballo; que se emita ditame sobre as persoas con discapacidade que acceden ao emprego pola quenda reservada co fin de determinar a súa idoneidade para o posto de traballo, así como as adaptacións que necesitarían; e, por último, incorpora a exigencia de acreditar a condición de discapacidade posteriormente á realización do exame na quenda reservada.

b) A aprobación da Lei 53/2003, de 10 de decembro, sobre emprego público de discapacitados, e o seu desenvolvemento normativo no Real decreto 2271/2004, do 3 de decembro, polo que se regula o acceso ao emprego público e a provisión de postos de traballo das persoas con discapacidade³, supuxeron un maior impulso á contratación pública de persoas con discapacidade a través da mellora dos mecanismos instaurados na anterior normativa:

Auméntase ao 5 % a reserva das prazas de emprego público (persoal temporal e de promoción interna) para persoas cunha discapacidade igual ou superior ao 33 %.

Prevese unha acumulación da porcentaxe de reserva de prazas que non se usara nunha convocatoria para a seguinte.

Prevese convocatorias para persoas con discapacidade nunha quenda independente, así como o incentivo das adaptacións e axustes nas probas selectivas e no propio posto de traballo.

Anos despois tivo lugar a redacción dos seguintes textos: a Orde PRE/1822/2006, do 9 de xuño, pola que se establecen criterios xerais para a adaptación de tempos adicionais nos procesos selectivos para o acceso ao emprego público de persoas con discapacidade; a Lei

3 E que substitúe, en canto a discapacidade se refire, o articulado do Real decreto 364/1995, do 10 de marzo, polo que se aproba o Regulamento xeral de ingreso do persoal ao servizo da Administración xeral do Estado e de provisión de postos de traballo e promoción profesional dos funcionarios civís da Administración xeral do Estado.

A aprobación do RD 2271/2004 derivou na redacción da Orde APU/423/2005, do 22 de febreiro, pola que se establecen as bases comúns que rexerán os procesos selectivos para ingreso ou acceso en corpos ou escalas da Administración xeral do Estado e, posteriormente, na Orde APU/3416/2007, do 14 de novembro, pola que se establecen as bases comúns que rexerán os procesos selectivos para o ingreso ou o acceso en corpos ou escalas da Administración xeral do Estado.

7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público; e o Real decreto lei 3/2011, do 18 de febreiro, de medidas urxentes para a mellora da empregabilidade e a reforma das políticas activas de emprego. Todos estes textos incluían articulado relacionado coa contratación de persoas con discapacidade, concretando normas anteriores sen desenvolvemento.

O actual Real decreto legislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público, regula diversos aspectos estreitamente vinculados coa discapacidade. Entre os dereitos individuais que consagra, figura o dereito á non discriminación. Ademais, incorpora os permisos para a conciliación da vida laboral coa persoal, que non son de recente creación na regulación da función pública, pois xa foran incorporados na Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública.⁴ Por último, esta norma aumenta⁵ a porcentaxe de reserva de prazas⁶ a persoas con discapacidade:

"Artigo 59. Persoas con discapacidade.

1. Nas ofertas de emprego público reservarase unha cota non inferior ao sete por cento das vacantes para seren cubertas entre persoas con discapacidade, considerando como tales as definidas no apartado 2 do artigo 4 do texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, aprobado polo Real decreto legislativo 1/2013, do 29 de novembro, sempre que superen os procesos selectivos e acrediten a súa discapacidade e a compatibilidade co desempeño das tarefas, de xeito que progresivamente se acade o dous por cento dos efectivos totais en cada Administración pública.

A reserva do mínimo do sete por cento realizarase de maneira que, polo menos, o dous por cento das prazas ofertadas o sexa para seren cubertas por persoas que acrediten discapacidade intelectual e o resto das prazas ofertadas o sexan para persoas que acrediten calquera outro tipo de discapacidade.

2. Cada Administración pública adoptará as medidas precisas para establecer as adaptacións e os axustes razoables de tempos e medios no proceso selectivo e, unha vez superado o dito proceso, as adaptacións no posto de traballo ás necesidades das persoas con discapacidade".

De conformidade co artigo 70 desta norma e co Real decreto legislativo 1/2013, do 29 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social⁷, aprobouse o Real decreto 702/2017, do 7 de xullo, polo que se aproba a oferta de emprego público para o ano 2017. Este real decreto mantén

4 Este tema foi protagonista de numerosa xurisprudencia que seguiu as directrices marcadas polo TEDH en razón da Directiva 2000/78/CE do Consello, do 27 de novembro de 2000, relativa ao establecemento dun marco xeral para a igualdade de trato no emprego e a ocupación. Neste sentido, *vid.* TXCE (Gran Sala) 2008/176 do 17 de xullo, Caso S. Coleman contra Attridge Law.

5 Xa na anterior Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público, no seu artigo 59 establecíase a mesma cota de reserva do 7%. Ambos os dous artigos son idénticos. A súa única diferenza reside no concepto de discapacidade. A Lei 7/2007 toma a definición do apartado 2 do artigo 1 da Lei 51/2003, do 2 de decembro, de igualdade de oportunidades, non discriminación e accesibilidade universal das persoas con discapacidade.

6 O TC, na súa Sentenza n. 269/1994, do 3 de outubro, tivo oportunidade de pronunciarse sobre esta medida de reserva de prazas. A demandante entendía que esta medida a favor das persoas con discapacidade vulneraba o dereito á igualdade que a propia Constitución proclama. O tribunal resolve outorgándolle lexitimidade a este mecanismo, o cal é coherente co carácter social e democrático do Estado. Ademais, o alto tribunal afirma que a promoción da inserción laboral de persoas con dificultades no acceso ao emprego é o que fai efectivo o principio de igualdade.

7 Normativa que á súa vez é ditada de conformidade coa Lei 26/2011, do 1 de agosto, de adaptación normativa á Convención Internacional sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade.

a cota de reserva no 7%. En consecuencia, non se introduce variación substancial desta cota durante practicamente a última década.

A medida principal que se debe destacar en toda a normativa é, como se ve, a cota de reserva. É unha medida de discriminación positiva, que vela pola igualdade de oportunidades e que se configura como un mecanismo de xestión pública responsable. Non obstante, esta medida non tería razón de ser se nas distintas convocatorias de oposición non se facilitasen adaptacións para os aspirantes con discapacidade, todo iso con independencia da súa elección da quenda reservada ou libre. Este composto mecanismo foi obxecto dun desenvolvemento legislativo que durou diversos anos, pero que a súa consolidación nas prácticas da Administración pública e privada só se pode examinar tras a observancia da xurisprudencia na materia.

2.1 O acceso das persoas con discapacidade ás convocatorias de quenda libre e de dereito reservado nos procesos selectivos

O artigo 55 do EBEP sinala que a selección do persoal funcionario e laboral respectará os principios de igualdade, mérito e capacidade, fundamentais na regulación do acceso ao emprego público das persoas con discapacidade. Os aspirantes deberán superar os procesos selectivos (de oposición ou concurso oposición e as probas que determinen a súa capacidade), nos cales se establecerá a orde de prelación, de conformidade co artigo 61 do mesmo texto legal.

O carácter aberto e libre dos procesos selectivos para a función pública permite que as persoas con discapacidade se poidan presentar en igualdade de condicións⁸, sempre que se posúa a capacidade funcional para o desempeño das tarefas, de conformidade co establecido no artigo 56.1 b) do EBEP⁹.

A reserva de prazas para as persoas con discapacidade non supón a obriga de participar nesa quenda reservada da convocatoria. De feito, ninguén ten obriga de manifestarse sobre a súa discapacidade¹⁰. Polo tanto, as persoas con discapacidade teñen as seguintes opcións de concorrencia nas convocatorias:

Se a convocatoria carece de reserva de prazas, as persoas con discapacidade poderán concorrer acreditando a súa capacidade funcional para as tarefas do posto.

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

9 Este requisito de acreditar a capacidade funcional aplicado ás persoas con discapacidade desenvólvese no artigo 59 da EBEP, indicando que deben acreditar a compatibilidade da súa discapacidade co desempeño das tarefas, as cales poderán desenvolver coas adaptacións e axustes no posto de traballo conforme as necesidades da súa discapacidade.

As adaptacións e axustes razoables de tempos e medios tamén poderán usarse no proceso selectivo.

En todo caso, para o seu uso polo interesado deberase formular petición previa ao respecto e concederanse os axustes e adaptacións (materiais e humanos, asistencias e apoios, e axudas técnicas ou tecnolóxicas asistidas) sempre que supoñan unha carga proporcionada para a Administración (en conformidade cos tres criterios do artigo 1.3 do RD 2271/2004: principio de compensación de desvantaxes, principio de proporcionalidade e, por último, prexuízo á urxencia e celeridade dos procesos de selección de persoal temporal).

10 ROSÓN OLMEDO, T., "Política y medidas pro acceso de las personas con discapacidad al empleo público, regulación general de las mismas y su inclusión en las convocatorias de pruebas selectivas de la Administración General del Estado", AA.VV., *Acceso de las personas con discapacidad al empleo público 1985-1999*, Ed. Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2002, p. 32, sinala que era frecuente a práctica nos anos noventa de exixirles ás persoas con discapacidade que comunicasen a súa condición; tal práctica é criticada porque non respecta, «polo menos formalmente, a autonomía de vontade do aspirante para solicitar adaptacións ou non facelo».

Se a convocatoria ten reserva de prazas, as persoas con discapacidade poderán presentar a súa solicitude de participación con especificación en tal sentido, engadindo unha declaración de que reúnen o grao de discapacidade requirido e acreditado mediante o certificado expedido pola autoridade competente, xeralmente tras a publicación da lista de aprobados. En caso de que existan persoas con discapacidade inscritas nesta quenda, non beneficiarios da reserva, que superen en puntuación a aspirantes no réxime xeral, incorpóranse á lista deste réxime. Neste sentido, o artigo 3 do RD 2771/2004, "Convocatorias ordinarias con reserva de prazas para persoas con discapacidade", establece: "2. *Co fin de avanzar no propósito de conseguir a igualdade de oportunidades, no suposto de que algún dos aspirantes con discapacidade que se presentase pola cota de reserva de persoas con discapacidade superase os exercicios correspondentes, pero non obtivese praza e a súa puntuación fose superior á obtida por outros aspirantes do sistema de acceso xeral, será incluído pola súa orde de puntuación no sistema de acceso xeral*".

Se a convocatoria ten reserva de prazas e a persoa con discapacidade participa pola quenda libre, debe manterse nesa quenda. A persoa non poderá cambiarse cando observe que superou en cualificación as persoas da quenda de reserva. En tal caso, afectaríase a seguridade xurídica das persoas con discapacidade que se adscribiron *ab initio* á quenda especial.

Finalmente, as persoas con discapacidade poderán acceder a convocatorias (maiormente de carácter autonómico) cuxa participación está restrinxida a persoas con especiais discapacidades. Nestes casos, acreditarase o tipo ou grao de discapacidade requirido.

A reserva de prazas nas distintas convocatorias fai posible a participación das persoas con discapacidade en igualdade de condicións nas ofertas de emprego público. Non obstante, este mecanismo non tería sentido sen os axustes e adaptacións nos procesos selectivos e nos postos de traballo, nos termos dispostos no apartado 2 do mencionado artigo 59 do EBEP.

2.2 Cotas de reservas de postos de traballo para persoas con discapacidade en empresas públicas ou privadas

Unha previsión en sentido similar á cota de reserva do EBEP estableceuse na xa derogada Lei 13/1982, do 7 de abril, de integración social dos minusválidos (LISMI), e agora na súa normativa substituta, o Real decreto lexislativo 1/2013, do 29 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, cuxo artigo 42 afirma:

"Artigo 42. Cota de reserva de postos de traballo para persoas con discapacidade.

1. As empresas públicas e privadas que empreguen un número de 50 ou máis traballadores estarán obrigadas a que de entre eles, polo menos, o 2 por 100 sexan traballadores con discapacidade. O cómputo mencionado anteriormente realizarase sobre o cadro de persoal total da empresa correspondente, calquera que sexa o número de centros de traballo daquela e calquera que sexa a forma de contratación laboral que vincule os traballadores da empresa. Igualmente entenderase que estarán incluídos no dito cómputo os traballadores con discapacidade que se atopen en cada momento prestando servizos nas empresas públicas ou privadas, en virtude dos contratos de posta á disposición que estas teñan celebrado con empresas de traballo temporal.

REGAP



ESTUDIOS

De xeito excepcional, as empresas públicas e privadas poderán quedar exentas desta obriga, de forma parcial ou total, ben a través de acordos recollidos na negociación colectiva sectorial de ámbito estatal e, no seu defecto, de ámbito inferior, a teor do disposto no artigo 83.2 e 3, do Texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, aprobado polo Real decreto lexislativo 1/1995, do 24 de marzo, ben por opción voluntaria do empresario, debidamente comunicada á autoridade laboral, e sempre que en ambos os dous supostos se apliquen as medidas alternativas que se determinen regulamentariamente.

2. Nas ofertas de emprego público reservarase unha cota para ser cuberta por persoas con discapacidade, nos termos establecidos na normativa reguladora da materia”¹¹.

Esta cota de reserva, así como o establecido no Real decreto 364/2005, do 8 de abril, polo que se regula o cumprimento alternativo con carácter excepcional da cota de reserva en favor dos traballadores con discapacidade, son medidas de discriminación positiva que foron implantadas como consecuencia do problema que teñen as persoas con discapacidade para accederen a un emprego. Estas medidas son unha previsión obrigatoria para os empresarios con liberdade contractual e que só ten cabida neste ámbito. No marco da lei do emprego público non sería posible tal reserva de postos, xa que non é unha contratación incondicionada, senón que debe axustarse aos principios de mérito, capacidade e igualdade.

O artigo 42 do Texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social (igual que se refería o equivalente artigo 38 da LISMI pero non o dicía explicitamente) refírese ás contratacións reguladas polo Estatuto dos traballadores e, polo tanto, das empresas privadas¹². Cabería entón preguntarse que pasa con esta reserva de postos nas empresas públicas (ou privadas con parte do capital en mans da Administración). Non se deberían rexer polos mesmos principios de mérito, capacidade e acceso en igualdade de condicións e, polo tanto, contrarios á reserva de postos pero coherentes coa reserva de prazas nas súas convocatorias? Pois ben, a Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, establece no seu artigo 113 “Réxime xurídico”, o seguinte: “As sociedades mercantís estatais rexeranse polo previsto nesta lei, polo previsto na Lei 33/2003, do 3 de novembro, e polo ordenamento xurídico privado, agás nas materias en que lle sexa de aplicación a normativa orzamentaria, contable, de persoal, de control económico-financieiro e de contratación. En ningún caso poderán dispor de facultades que impliquen o exercicio de autoridade pública, sen prexuízo de que excepcionalmente a lei poida atribuírlles o exercicio de potestades administrativas”. En consecuencia, as empresas mencionadas non se someten á regulación da función pública e réxense polo ordenamento xurídico privado na medida en que a normativa da propia empresa pública non se inclúa no sector estatal, autonómico ou local¹³. Por todo iso, poderíase concluír que debe ter lugar a reserva de postos de traballo do citado artigo 42 do Texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade.

Non obstante, esta conclusión vese dificultada polo teor da disposición adicional primeira do EBEP, que establece: “Os principios contidos nos artigos 52, 53, 54, 55 e 59 serán de aplicación nas entidades do sector público estatal, autonómico e local, que non estean incluídas no artigo 2 deste estatuto e que estean definidas así na súa normativa específica”.

11 Este artigo débese relacionar co propio artigo 59 do EBEP, acerca da existencia de igualdade nas condicións de acceso entre as persoas con discapacidade e o resto de aspirantes en relación co acceso ao emprego público (non só ao que posúa a condición de funcionario).

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

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

Determinase así que, se a empresa pública aparece definida na súa normativa como dentro do sector público, debe cumprir cos principios de igualdade, mérito e capacidade, restrinxíndose deste xeito a súa capacidade de contratar e, polo tanto, imposibilitada, á vista da colisión entre ambas as dúas normas, para levar a cabo a reserva de emprego do 2 % a persoas con discapacidade.

3 As cláusulas sociais nos concursos de contratación pública

Outro mecanismo de incentivo da contratación das persoas con discapacidade vértase no seo das licitacións públicas. A súa práctica ten lugar a través da incorporación de cláusulas sociais nos pregos da convocatoria de contratación. Unha definición idónea para o concepto de "cláusula social" é a seguinte: "*a inclusión de certos criterios nos procesos de contratación pública en virtude dos cales se incorporan ao contrato aspectos de política social como requisito previo (...), como elemento de valoración (...) ou como obriga (...)*"¹⁴.

A normativa europea destacada no ámbito das cláusulas sociais intégrase na Directiva 2014/23/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, relativa á adxudicación de contratos de concesión; na Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, sobre contratación pública; e na Directiva 2014/25/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, relativa á contratación por entidades que operan nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais. Estas directivas nacen coa vocación de trasladarse aos correspondentes textos legais nacionais, mediante a necesaria e exixible transposición.

Existen numerosos exemplos de cláusulas sociais no ordenamento español, especialmente local. A nivel estatal, o vixente Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público, apenas facía mención diso. Cítase unha referencia a elas no artigo 118 e nas disposicións adicionais 4.^a e 5.^a: "*Disposición adicional cuarta. Contratación con empresas que teñan no seu cadro de persoal persoas con discapacidade ou en situación de exclusión social e con entidades sen ánimo de lucro*" e "*Disposición adicional quinta. Contratos reservados*". Este articulado trata as cláusulas sociais de forma potestativa e sen crear imperativo ningún; os pregos autonómicos, provinciais e locais adoitan recoller estas cláusulas principalmente: a de ter persoas con discapacidade no cadro de persoal, a adopción de medidas alternativas en consonancia co disposto pola derogada LISMI, e reservar procesos á participación a centros especiais de emprego ou ao emprego protexido.

A nova Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014, texto que traspón as directivas europeas da materia, e entrará en vigor o próximo 9 de marzo de 2018, propón unha normativa máis vinculada e preocupada polas cláusulas sociais. O seu preámbulo (apartado II), referíndose ao disposto no artigo 1 "*Obxecto e finalidade*", no seu apartado 3 e artigo 149 "*Ofertas anormalmente baixas*", apartado 4, reza que, para a consecución do obxectivo de boa relación calidade-prezo, é obrigatorio que os órganos de contratación velen por que os criterios de adxudicación inclúan aspectos sociais, ambientais e innovadores, suxeitos ao

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

obxecto do contrato. Engade que se rexeitarán ofertas baixas que non cumpran coas obrigas en materia social.

No apartado V do citado preámbulo continúa incluíndo as consideracións de tipo social nos contratos públicos, ben como criterios de adxudicación e/ou cualitativos, ou ben como condición especial de execución. En concreto, sobre estas últimas condicións, o artigo 202 obriga a que unha delas sexa de carácter ambiental, social ou relativa ao emprego.

Regúlase con respecto á materia social: contratos reservados a centros especiais de emprego; a reserva de execución a programas de emprego protexido e empresas de inserción; e a exigencia de ter no cadro de persoal traballadores discapacitados na porcentaxe que lles sexa de aplicación. Esta última exigencia refórzase no artigo 71 “*prohibicións de contratar*”, apartado primeiro, epígrafe d), expresando a prohibición de contratar con entidades que non cumpran o apartado d) do artigo 60 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, e o disposto no artigo 42 do Real decreto legislativo 1/2013, do 29 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social. É dicir, non contén cun 2 % de traballadores con discapacidade de cada 50 empregados.

4 O concepto de persoa con discapacidade. Xurisprudencia sobre prácticas discriminatorias nas contratacións pública ou privada

4.1 O concepto de persoa con discapacidade no emprego público

O artigo 59 do EBEP estableceu unha modificación no concepto de persoa con discapacidade. A normativa anterior obrigaba a acudir a LIONDAU. Agora deberá tomar o concepto plasmado no Real decreto legislativo 1/2013, do 29 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, que reza o seguinte:

“Artigo 4. Titulares dos dereitos.

1. Son persoas con discapacidade aquelas que presentan deficiencias físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, previsiblemente permanentes que, ao interactuaren con diversas barreiras, poidan impedir a súa participación plena e efectiva na sociedade, en igualdade de condicións cos demais.

2. Ademais do establecido no apartado anterior, e para todos os efectos, terán a consideración de persoas con discapacidade aquelas ás cales se lles recoñece un grao de discapacidade igual ou superior ao 33 por cento. Considerarase que presentan unha discapacidade en grao igual ou superior ao 33 por cento os pensionistas da Seguridade Social que teñan recoñecida unha pensión de incapacidade permanente no grao de total, absoluta ou grande invalidez, e os pensionistas de clases pasivas que teñan recoñecida unha pensión de xubilación ou de retiro por incapacidade permanente para o servizo ou inutilidade”.

Deste xeito, o artigo asimila pensionistas ou incapacitados permanentes ao termo de persoa con discapacidade, significándose unha ampliación ou flexibilización de concepto, que asegura unha maior protección de persoas con discapacidade¹⁵.

No ámbito da empresa, a noción de persoa con discapacidade foi obxecto de debate no marco de diversos procesos xudiciais, non sendo asimilable de forma automática pensionista á condición de discapacidade. Si que se mantén considerar persoa con discapacidade aquela que acredite posuír un 33 % de discapacidade mediante a resolución do organismo competente [vid. STS (Sala Social) de 21/03/2007 (Rec. cas. n. 3872/2005)].

4.2 Concepto de discapacidade na empresa privada. Diferenza discapacidade-enfermidade no marco de aplicación da Directiva 2000/78

A definición do concepto de persoa con discapacidade aplicable ás contratacións privadas é complexa, na medida en que se confunde coas situacións de enfermidade. O concepto máis fiable atópase na xurisprudencia que aplica a Directiva 2000/78 e cuxo fundamento reside na resposta do TXCE ás cuestións prexudiciais que lle foron formuladas.

A STXCE do 11 de xullo de 2006 e a STXUE 2013/122 do 11 de abril afirman: a) que o termo discapacidade empregado na directiva se refire ás limitacións que derivan de doenzas (físicas ou psíquicas) que afecten á participación da persoa no ámbito laboral e probablemente durante un longo tempo; b) que é unha condición causada por calquera enfermidade diagnosticada curable ou incurable que leve consigo tal limitación que impida a participación plena e efectiva da persoa na súa esfera laboral, en igualdade de condicións que o resto de traballadores; c) que o concepto discapacidade non é equiparable ao de enfermidade; d) o concepto de discapacidade significa que existe un obstáculo ou barreira para a actividade profesional que pode ser salvado cos axustes necesarios á discapacidade, non sendo tal actividade imposible¹⁶.

4.3 Prácticas discriminatorias nas contratacións pública ou privada

O dereito á igualdade no marco do emprego para as persoas con discapacidade supón que as empresas deban axustarse ás necesidades especiais do traballador por motivo da súa discapacidade. Iso converte que o propio acceso e mantemento do emprego sexa obxecto de discordias entre as partes. Moitas foron as sentenzas que con este motivo se resolveron acerca da prohibición de discriminación.

A STXCE (Gran Sala) 2008/176, do 17 de xullo, *Caso S. Coleman contra Attridge Law*, expón que a Directiva 2000/78 protexe os traballadores que, aínda que non teñan discapacidade, sexan obxecto de discriminación directa ou acoso do seu empregador por razón de discapacidade. O apartado 56 advirte literalmente: *“Cando un empresario trate un traballador que non sexa el mesmo unha persoa con discapacidade de xeito menos favorable a como trata, tratou ou podería tratar outro traballador nunha situación análoga e se acredite que o trato desfavorable do que é vítima o dito traballador está motivado pola discapacidade*

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

16 STXCE (Gran Sala) do 11 de xullo 2006, *Caso Sonia Chacón Navas contra Euresst Colectividades, S.A.*, apartados 42, 43 e 45. STXUE (Sala 2.ª) 2013/122, do 11 de abril, *Caso Ring-Caso HK Danmark* e outros contra HK Danmark e outros. Aps. 38, 39, 41, 44, 45 e 47.

que padece un fillo seu, a quen o traballador prodiga a maior parte dos cuidados que o seu estado require, tal trato resulta contrario á prohibición de discriminación directa enunciada no citado artigo 2, apartado 2, letra a)".

A STSX de Cataluña (Sala do Social, Sección 1.ª) n. 8103/2014, do 9 de decembro, pronúnciase sobre a prohibición de discriminación analizando os axustes razoables á discapacidade. Estes deben adecuarse ás necesidades da situación e permitir o acceso ao emprego, así como ser sufragados polo empresario, salvo que supoñan unha carga excesiva. No caso de autos, a redución da xornada sería un axuste razoable. A negativa da empresa ao axuste e o posterior despedimento constitúe a procedencia da declaración de nulidade do despedimento por terse realizado de forma discriminatoria en razón da discapacidade da traballadora. Similar argumentación se desenvolve na STSX de Cataluña (Sala 4.ª, Sección 1.ª) n. 8103/2014, do 9 de decembro, pola que de novo se declara a nulidade do despedimento por discriminación. Outras sentenzas que cómpre mencionar son: STXUE (Sala 2.ª) 2013/122, do 11 de abril, Caso Ring, Caso HK Danmark e outros contra HK Danmark e outros; STSX da Comunidade Valenciana (Sala 4.ª, Sección 1.ª) n. 1124/2014, do 8 de maio; e STSX de Cataluña (Sala 4.ª, Sección 1.ª) n. 8103/2014, do 9 de decembro¹⁷.

A infracción de prohibición de discriminación tamén foi obxecto de axuizamento no ámbito da Administración pública. Neste sentido, a STSX da Comunidade Valenciana (Sala 4, Sección 1.ª) n. 1859/2013, do 10 de setembro, declara a infracción. En contraposición con esta sentenza, a STSX de Castela e León, Valladolid (Sala do Social, Sección 1.ª) 962/2006, do 5 de xuño, considera que, se o desempeño das tarefas inherentes ao posto de traballo xera no traballador un risco de agravación das súas doenzas, non debe desempeñar tal posto de traballo e, polo tanto, non existe unha actuación discriminatoria por razón de discapacidade, senón que a contratación estaría a ser respectuosa coa normativa sobre prevención de riscos laborais.

A STSX da Comunidade Valenciana (Sala 4, Sección 1.ª) n. 709/2007, do 13 de febreiro, e STSX de Cataluña (Sala do Social, Sección 1.ª) n. 2489/2007, do 10 de abril, tamén resolven a nulidade do despedimento por discriminatorio e indica como se distribúe a carga da proba: o traballador achega os indicios de que a acción do empresario foi discriminatoria e o empresario debe probar a obxectividade, razoabilidade e proporcionalidade da medida (recórdanse as SSTC 55/83, do 22 de xuño; 34/84, do 9 de marzo; 94/84, do 16 de outubro, e 112/84, do 28 de novembro).

A STS (Sala 4, Sección 1.ª) do 22 de setembro de 2008, Rec. cas. n. 3591/2006, expón a diferenza de consecuencias do despedimento discriminatorio por discapacidade que é nula e o despedimento por enfermidade que só é improcedente. Neste caso, resólvese que unha baixa do rendemento produtivo xustifica a declaración de improcedencia do despedimento pero non a asunción de que sexa discriminatorio.

A STS (Sala 4, Sección 1.ª) do 21 de outubro de 2010, Rec. cas. n. 806/2010, resolve razoando acerca da discriminación indirecta. O seu fundamento 4.º define esta conduta como "*discriminación (...) encuberta ou indirecta consistente no tratamento formal ou*

17 Todas estas sentenzas poñen de relevo: 1) a importancia dos axustes e 2) que o teor da Directiva 2000/78 non obriga o empresario a contratar, ascender ou manter nun posto de traballo unha persoa que non sexa competente ou non estea capacitada ou dispoñible para desempeñar as tarefas fundamentais do posto de que se trate.

aparentemente neutro ou non discriminatorio do que deriva, polas diversas circunstancias de feito concorrentes no caso, un impacto adverso sobre a persoa obxecto da práctica ou conduta constitucionalmente censurable en canto a medida que produce o efecto adverso carece de xustificación ao non fundarse nunha exixencia obxectiva e indispensable para a consecución dun obxectivo lexítimo ou non resultar idónea para o logro de tal obxectivo (por todas, STC 13/2001, do 29 de xaneiro, F. 8, ou 253/2004, do 22 de decembro, F. 7).

En referencia á actuación dos centros especiais de emprego, a xurisprudencia é diversa resolvendo sobre a procedencia ou improcedencia do despedimento. Cítase: STS (Sala do Social, Sección 1.ª) do 20 de febreiro de 2013, Rec. cas. n. 3081/2011; STS (Sala do Social, Sección 1.ª) do 10 de outubro de 2012, Rec. cas. n. 4016/2011; STS (Sala do Social) do 15 de xuño de 2005, Rec. cas. n. 2495/2004.

5 Conclusións

De todo o exposto pódense extraer as seguintes conclusións:

- A responsabilidade social empresarial e a xestión pública responsable son piares no fomento da contratación de persoas con discapacidade.
- Os principios de mérito, capacidade e igualdade amparan medidas de discriminación positiva a favor da discapacidade no seo do emprego público, asegurando uns niveis estables de emprego, imposibles no sector privado.
- A comparación das prácticas e da normativa do sector privado e público leva a concluír que o segundo está máis avanzado e posúe un concepto máis amplo de discapacidade.
- A vulneración da prohibición de discriminación segue sendo unha práctica habitual, especialmente das empresas. Todo iso malia que se benefician dun concepto de discapacidade máis restrinxido que diferencia discapacidade da enfermidade, diferenciación que non se circunscribe ao ámbito do emprego público.

6 Bibliografía

- ANDRÉS VALENCIA, L., "Breve historia de las personas con discapacidad: De la opresión a la lucha por derechos", <http://www.rebellion.org/docs/192745.pdf>, 2014. (último acceso: 19/09/2017).
- PÉREZ BUENO, L. C. (dir.), *El empleo público y las personas con discapacidad. Colección CERMI n. 42*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2009.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. (dir.), *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia y Francia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- LIBRO BLANCO. *Empleo Público para personas con discapacidad*.
- MEDINA JURADO, P., "Las cláusulas sociales en la contratación pública, retos y perspectivas", *Revista CERMI*, n. 7, marzo-xuño de 2010. Dispoñible en <http://revista.cemci.org/numero-7/pdf/doc1.pdf>. Consultado o 18 de outubro de 2017.

PAREJO ALFONSO, L., e PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012.

PERNAS GARCÍA, J. J. (dir.), *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3-2011*, La Ley, Madrid, 2012.

RÉOS MARÍN, E., *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación: incidencia de las directivas "de cuarta generación"*, Atelier, Barcelona, 2016.

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

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Tirant Lo Blanch, Sevilla, 2009.

TORRES LÓPEZ, A., *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2012.

TRULL AHUIR, J. M.^a, "Régimen jurídico del fomento del empleo e integración laboral de las personas con discapacidad en el ámbito de los empleados públicos y de la contratación de las Administraciones Públicas", *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en Administración local y justicia municipal*, n. 3, 2017.

VILLALBA PÉREZ, F. L., "La dimensión social de la contratación pública: el sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público", *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 74, 2009.

7 Apéndice xurisprudencial

STXCE (Gran Sala), 2008/176, do 17 de xullo de 2008, Caso S. Coleman contra Attridge Law.

STXUE (Sala 2.^a), 2013/122, do 11 de abril de 2013, Caso Ring-Caso HK Danmark e outros contra HK Danmark e outros.

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

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

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

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

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

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

STSX de Castela e León, Valladolid (Sala do Social, Sección 1.^a), 962/2006 do 5 de xuño.

STX da Comunidade Valenciana (Sala 4, Sección 1.ª), 709/2007 do 13 de febreiro.

STX de Cataluña (Sala do Social, Sección 1.ª), 2489/2007 do 10 de abril.

STX da Comunidade Valenciana (Sala 4, Sección 1.ª), 1859/2013 do 10 de setembro.

STX da Comunidade Valenciana (Sala 4.ª, Sección 1.ª), 1124/2014 do 8 de maio.

STX de Cataluña (Sala 4.ª, Sección 1.ª), 8103/2014 do 9 de decembro.

Regap



ESTUDOS