

6. LA RESERVA DE EMPLEO PÚBLICO. ESPECIAL REFERENCIA A LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO EN ANDALUCÍA Y LA LEY 4/2017

RAQUEL VIDA FERNÁNDEZ

Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

 <https://orcid.org/0000-0002-1254-3796>

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA SOBRE EL DERECHO AL ACCESO AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA. 1. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UN CAMBIO DE PERSPECTIVA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 2. LA REGULACIÓN ESTATAL Y DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA, RELATIVAS AL ACCESO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL EMPLEO PÚBLICO. III. LA RESERVA DE EMPLEO PÚBLICO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD: FIGURA ESTRELLA DE INSERCIÓN LABORAL. 1. EL CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD. 2. LA CUOTA DE RESERVA A FAVOR DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD Y SU REFLEJO EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO. IV. RESERVA DE EMPLEO PÚBLICO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA. 1. LA RESERVA DE EMPLEO PÚBLICO EN LA LEY 4/2017, DE LOS DERECHOS Y LA ATENCIÓN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA. 2. ANÁLISIS DE LA CUOTA DE RESERVA REFLEJADA EN LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA EXTRAORDINARIA PARA ESTABILIZACIÓN DE PERSONAL DE 2022.V. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA SOBRE DISCAPACIDAD 2022-2030: REFERENCIAS AL CUPO DE RESERVA COMO MEDIDA DE FOMENTO DEL EMPLEO. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las denominadas “cuotas de reserva de plazas para personas con discapacidad” es una medida que se encuentra regulada desde hace tiempo en nuestro país, tanto en el ámbito público, como en el de la empresa privada, sin embargo lo que podríamos llamar niveles razonable de ocupación en el mercado de trabajo del colectivo de personas con discapacidad no es, hasta el momento, una meta lograda. Como ya se denunciaba en el Libro Blanco sobre el acceso e inclusión en el empleo público de las personas con discapacidad¹: *“el sistema no ha logrado un acceso significativo al empleo público de este colectivo y ni siquiera los cupos se han cubierto en la mayoría de los casos, siendo especialmente grave el incumplimiento de la reserva en el caso de las personas con discapacidad intelectual”*.

Las Administraciones Públicas tienen un especial compromiso y nivel de responsabilidad en relación a la consecución del acceso de las personas con discapacidad al empleo público, dado que este es el principal instrumento con utilidad real para lograr la inclusión social, y la evitación de la marginalidad y en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos.

En el presente capítulo se analizará la regulación vigente, las particularidades, problemas y oportunidades que existen en torno al tema del acceso al empleo público de este colectivo, con especial atención a la reserva de plazas como medida principal, y su aplicación dentro del ámbito del empleo público andaluz. El objetivo es aportar una visión global de la situación y, en su caso, proponer mejoras en el sistema para garantizar e impulsar medidas que promuevan la igualdad de oportunidades en relación al acceso del empleo público de las personas con discapacidad de nuestro país.

¹ Documento realizado a instancia de la Dirección General de Políticas de Apoyo a la Discapacidad, la Dirección General de la Función Pública, las diversas asociaciones de CERMI, la Fundación ONCE, FSC Inserta. Publicado en 2015 por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

II. MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA SOBRE EL DERECHO AL ACCESO AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

Toda la normativa dictada en favor de la igualdad y la protección de los derechos y libertades de las personas con discapacidad, en los diferentes ámbitos (internacional, nacional, autonómico, convencional), se caracteriza por ser una regulación trasversal y con los derechos fundamentales como telón de fondo.

En este capítulo nos centraremos en la regulación referida a las medidas favorecedoras del acceso al empleo público, como principal instrumento para la integración y activación del ingreso de las personas afectadas por discapacidad en el ámbito público, si bien, a efectos de localizar bien la materia, debemos hacer cuando menos, una referencia al marco normativo global.

1. La Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad: un cambio de perspectiva sobre los derechos de las personas con discapacidad

El 13 de diciembre de 2006 se aprobaron en el seno de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y su Protocolo Facultativo. Estos tratados internacionales tienen como objeto recopilar los derechos de las personas que sufren cualquier tipo de discapacidad y las correlativas obligaciones de los Estados en términos de protección y promoción de dichos derechos. España ratificó el CDPD y su Protocolo, el 21 de abril de 2008, -con vigor desde el 3 de mayo de 2008-.

La trascendencia de esta regulación internacional se traduce en un tratamiento nuevo en torno al propio concepto de la discapacidad y la especial consideración de los ciudadanos afectados, en términos de su consideración social y de derechos humanos². A lo anterior se une la importancia de contar, a partir de este momento, con un instrumento jurídico vinculante para reclamar y hacer respetar los derechos particulares y particularizados, de este colectivo.

El legislador español entiende desde el principio que la CDPD, obliga a un cambio de modelo en términos de regulación y políticas sobre porque, realmente, supone un cambio de cultura, que obliga a pasar “*desde el tradicional enfoque asistencial al de garantía de derechos*”, de tal forma que “*los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo*”, (Exposición de Motivos de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía). Este ha sido y es, por tanto, el punto de partida de toda la regulación que se dicte en nuestro país en relación a cualquier aspecto que afecte a las personas con discapacidad, y al acceso al empleo en particular.

Lógicamente, la ratificación Convención por nuestro país, obligó a modificar numerosos aspectos tanto de fondo, como de forma, en relación a todas las normas que afectan a esta realidad. En este sentido fue clave la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. El objetivo de la norma era adaptar

² Este nuevo ideario es recogido por el legislador español, y reflejado en estos términos en el documento sobre la “*estrategia española sobre discapacidad 2022/2039*, en estos términos: *La discapacidad entendida, asumida y respetada como una cuestión de derechos humanos se centra en la dignidad intrínseca del ser humano y, de manera accesoria -y sólo en el caso que sea necesario- en sus características clínicas. Sitúa al individuo en el centro de todas las decisiones que le afecten y ubica el centro del problema fuera de la persona -en la sociedad. Se reconoce así que las personas con discapacidad son sujetos de derecho, con derechos, y que el Estado y otras entidades tienen responsabilidades para garantizar su ciudadanía plena. Afortunadamente, la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) asume este enfoque obligando a los Estados Parte a integrarlo en sus políticas públicas. La estrategia española sobre discapacidad 2022-2030, para el acceso, goce y disfrute de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad. Ministerio de Asuntos Sociales y Agenda 20/30. 4 de mayo de 2022, Madrid.*

un total de diecinueve leyes³ que directa o indirectamente tenían repercusiones en los derechos de las personas con la discapacidad, para ajustarlas al nuevo modelo y a los principios de respeto a la dignidad de la persona, la autonomía individual, la no discriminación y la participación e inclusión plenas en la sociedad, basada en la igualdad de oportunidades.

Seguidamente nos centraremos en las normas de referencia, vigentes, en relación al acceso al empleo (y en particular al empleo público), en nuestro país.

2. La regulación estatal y de la Comunidad Autónoma andaluza, relativas al acceso de las personas con discapacidad al empleo público

Como no puede ser de otra forma, en primer lugar, hemos de remitirnos a los preceptos de la Constitución española de 1978 de la que parte la regulación relativa a los derechos del colectivo de discapacitados. En concreto, el artículo 49 recoge el mandato a los poderes públicos para la promoción e integración de las personas con discapacidad, a lo que se suman, entre otros, el artículo 14 (principio de igualdad), el artículo 9.2 (deber de los poderes públicos de remoción de los obstáculos que “impidan o dificulten” la igualdad real), el artículo 10 (interpretación de los derechos conforme a lo Tratados internacionales). Por su parte, en relación al ingreso en la función pública, el artículo 23.2 de la Constitución reconoce el derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas, y el artículo 103.3 exige que dicho acceso se realice de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

En términos histórico-normativos, los anteriores mandatos no se pusieron en marcha en nuestro país hasta la aprobación de la Ley 13/1982, de integración social de las personas con discapacidad, que fue norma pionera dirigida a regular la atención y apoyos a las personas con discapacidad.

Posteriormente, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2000/78 /C.E. del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se han ido dando una nueva serie de medidas legislativas estatales que pretenden asegurar la supresión de cualquier discriminación por razón de discapacidad y fomentar el ingreso en la función pública de las personas con discapacidad. En este contexto se aprobó la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la, también importante, Ley 49/2007, de 26 de diciembre, que aprobaba el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Sin embargo, como antes se mencionó, fueron la Ley 26/2011, de 1 de agosto, y Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las que introdujeron en nuestro ordenamiento ese cambio de paradigma que introduce la norma internacional.

³ El elenco de normas que debieron ser modificadas en alguna medida, para armonizarlas con la CDPD, fueron las siguientes: Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo-ciegas; Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por el Real Decreto-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias; Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil; Ley 23/1998, de 7 de julio, de cooperación internacional para el desarrollo; Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro; Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar; Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público; Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

En relación al acceso del colectivo de discapacitados el instrumento clave fue el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, aspecto también regulado, a partir de 2007, en el Estatuto Básico del Empleado Público (actual texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), -a cuyo contenido haremos referencia posteriormente-.

Las anteriores normas fueron refundidas en el denominado Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social (LGDPD), por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Este nuevo texto, entre otros aspectos, incluye el derecho de acceso al empleo, en consonancia con la Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006, que como, hemos visto, supone *“la consagración del enfoque de los derechos de las personas con discapacidad, ... como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar su ejercicio de forma plena y efectiva”*, (Exposición de Motivos del RD Legislativo 1/2013). Es importante señalar que, precisamente, el concepto de persona con discapacidad que utilizamos actualmente, viene determinado en nuestra legislación por el artículo 4. a) de la LGDPD, tal y como se comentará más adelante.

En el ámbito autonómico, actualmente todos los Estatutos de Autonomía regulan los derechos sociales de las personas con discapacidad, acogiendo los principios de igualdad de trato, de oportunidades y de accesibilidad, cuentan, en mayor o menor medida, con regulación específica sobre la materia.

En el caso de la Comunidad Autónoma Andaluza su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, y la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, constituyen el núcleo duro de la regulación autonómica en materia de derechos y oportunidades para las personas con discapacidad.

Partiendo de este “cuadro” de normas, y del concepto de “persona discapacitada” aportada por la LGDPD, pasamos a analizar la actual regulación de los mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad en el acceso al empleo público, y en particular la denominada cuota de reserva.

III. LA RESERVA DE EMPLEO PÚBLICO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD: FIGURA ESTRELLA DE INSERCIÓN LABORAL

Entre los principios fundamentales erigidos por la Convención de la ONU destacan el derecho a la no discriminación, la participación e inclusión plenas en la sociedad de las personas discapacitadas y la igualdad de oportunidades (estrechamente vinculada a las anteriores). Estos principios se refieren a la consecución una sociedad y un entorno que estén al alcance de todas las personas, incluidas las que presentan una discapacidad. Obviamente, la igualdad de oportunidades no siempre significa que estén al alcance de todas las personas las mismas oportunidades, dado que esta interpretación conllevaría la perpetuación de desigualdades de base, -especialmente significativas en relación a las personas con discapacidad-. Por el contrario, se reconocen las diferencias entre las personas y se garantiza que, a pesar de esas diferencias, todas ellas tienen las mismas oportunidades de disfrutar de sus derechos. El respeto a estos principios obliga, por tanto, a establecer las normas y medidas necesarias para que las personas con singularidades, no se vean perjudicadas, con el anhelado objetivo de configurar un sistema esencialmente justo, que logre eliminar los obstáculos que afectan a las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos.

Pues bien, uno de los ámbitos donde se desarrollan medidas a favor de la integración de las personas con discapacidad es el apoyo al empleo. De hecho, la “Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020” (15/11/2010), reconocía como ámbito de actuación prioritaria el empleo

y la protección social⁴. Es un hecho notorio,-y sostenido-, el que los discapacitados constituyen un colectivo con especial dificultad de inserción en el mercado laboral⁵. Como consecuencia, hace tiempo que se viene dando especial importancia en términos de política de empleo activo, a medidas de integración real en el mercado laboral de los discapacitados. Entre otras, encontramos instrumentos como las denominadas acciones formativas, las actividades de orientación laboral, bonificaciones de Seguridad Social e incentivos fiscales a fin de reducir costes laborales vinculados a su contratación, los “ajustes razonables” de los puestos de trabajo para favorecer la inserción laboral, compatibilidad de bonificaciones y subvenciones, entre otras.

El más importante, y antiguo, elemento corrector vinculado a la empleabilidad es la denominada “*cuota de reserva*”, que constituye, seguramente, la medida más eficaz y directa de inserción laboral para las personas con discapacidad. El origen, en nuestro ordenamiento democrático, de la regulación de este instrumento se produce en 1982, de la mano de la ya derogada Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos, (conocida como LISMI), y actualmente pervive en la Ley General de Derechos de Personas con discapacidad, como luego se analizará. En este mismo sentido, el Estatuto de los Trabajadores regula, en su artículo 17.2 y 3, la posibilidad de establecerse por ley reservas, y ayudas de diversa naturaleza para fomentar el empleo de “grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo”. La obligación de reserva de cuota es, por tanto, una medida con sobrada solidez en el tiempo, que se justifica por ser un instrumento directo de intervención en el acceso al empleo de las personas con discapacidad que, como es sabido, constituye en sí mismo un instrumento clave para la integración social real de cualquier persona, y elemento indispensable para evitar la discriminación social y económica de las personas en general, y de este colectivo en particular.

1. El concepto de persona con discapacidad

Antes de pasar a analizar cómo se configura de la “cuota de reserva” como instrumento de integración laboral, debemos detenernos en el propio concepto de persona con discapacidad, tanto desde el punto de vista de su concepción social, como técnico-jurídico.

El concepto de discapacitado ha evolucionado en paralelo al tratamiento y la valoración que la sociedad ha venido haciendo de las personas discapacitadas. De hecho, hasta prácticamente los años ochenta del siglo pasado, la consideración que se atribuía a la persona afectada por una discapacidad, jugaba con la idea de lograr la igualdad con las personas no discapacitadas mediante la aplicación y prioridad de tratamientos médicos o rehabilitadores que lograsen dotar a estos sujetos de las capacidades que les faltaban, (el denominado “modelo rehabilitador”).

Actualmente, el concepto se adapta al modelo social⁶, que introduce la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 1), donde la idea que prima es la inclusión en la

⁴ Y es que, “un mercado laboral abierto e inclusivo no puede ser discriminatorio hacia las personas con discapacidad. Ello implica no solamente la eliminación de barreras (lo que requiere accesibilidad, ajustes y apoyos) sino también la adopción de medidas que favorezcan el acceso al empleo de las personas con discapacidad”. Impacto de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad en la regulación de los centros especiales de empleo, citado por Fernández Orrico, F.J. *Cuota de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario*. Revista Española de Derecho del Trabajo. Núm. 195. 2017.

⁵ Según los datos del Instituto Nacional de Estadística en su informe “el empleo de las personas con discapacidad” (actualizado a 28 de febrero de 2022): el 34% de las personas con discapacidad en 2020 eran activas. Esta tasa es 41,8 puntos inferior a la de la población sin discapacidad. La tasa de empleo de las personas con discapacidad fue del 26,7% (del 64,3% para las personas sin discapacidad). La tasa de paro para el colectivo con discapacidad es de 6,8 puntos superior a la población sin discapacidad. No obstante en existe una sensible mejora respecto a los datos del año anterior.

⁶ Es el modelo que rigen en la mayoría de los Estados...cuya esencia consiste, en que se traslada de alguna forma la responsabilidad de la discapacidad desde el sujeto, a quienes pueden hacer posible (Estado, organizaciones, empresas, asociaciones...), la remoción de los obstáculos de todo tipo que hagan posible que los discapacitados se

sociedad en igualdad de condiciones. Así, el vigente concepto técnico-jurídico de “persona con discapacidad” regulado en el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, que aprueba del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad (LGDPD), considera que los requisitos que determinan la discapacidad son: la existencia de alteraciones físicas, mentales, intelectuales y sensoriales (o varias de ellas), que dichas deficiencias sean “previsiblemente permanentes”, y que supongan barreras que limiten o impidan “*su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás,*” (art. 4 a) LGDPD). Así pues, los dos elementos clave del concepto son el subjetivo de la discapacidad, y el objetivo de los obstáculos o barreras externos que impiden a la persona que sufre las limitaciones trabajar en iguales condiciones que las personas sin discapacidad.

Lógicamente esta condición que activa los mecanismos de protección para la personas que la padecen, deberá ser objetiva, y por tanto reconocida administrativamente, siendo considerada una persona como discapacitada “*a aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento*”. A estos efectos se considerará que alcanzan el 33%, y por tanto se le considerará también como discapacitados, a “*los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad*”, (art. 4.2 LGDPD). De esta forma la norma equipara (por ser dos vías posibles que acreditar una misma realidad objetiva), a las personas con discapacidad que sean reconocidos como tales mediante el proceso de reconocimiento del mismo que se realiza conforme a la correspondiente norma reglamentaria y los servicios de las autonomías para dichas valoraciones, a los que tengan la condición reconocida de beneficiarios de pensión de incapacidad a partir del grado de total en adelante, conforme al informe correspondientes Equipos de Valoración de Incapacidades (EVI), para el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

2. La cuota de reserva a favor de trabajadores con discapacidad y su reflejo en el ámbito del empleo público

Actualmente la regulación primaria o básica, de la cuota de reserva tiene su punto de partida en el artículo 42 de la LGDPD, (sustituto del artículo 38 de la LISMI). Dicho precepto establece que las empresas, tanto públicas, como privadas, que empleen un número mayor de 50 trabajadores, “*vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores con discapacidad*”. El legislador aclara la forma de cómputo, estableciendo de forma expresa que “*dicho porcentaje se calcula sobre la plantilla total de la empresa, con independencia del número de centros de trabajo de la empresa, y del tipo de contrato de los trabajadores.*”⁷ También matiza que se incluirán en el cómputo de la plantilla los trabajadores discapacitados contratados en empresa privada o pública, mediante empresa de trabajo temporal. Este es el que podemos denominar como “reconocimiento mínimo”, en términos de reserva de empleo que, no obstante, tiene excepciones en cuanto a su obligatoriedad, -condicionado a que cumplan unos requisitos y previa comunicación a la autoridad laboral-⁸ pero también mejoras,

equiparen con quien no sufren discapacidad. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. “Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195, 2017.

⁷ De cara al cómputo de la plantilla a fin de determinar la existencia o no de obligación de cuota de reserva, debemos tener presentes las aclaraciones que aporta el Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo núm. 98/2016, que considera que el promedio de trabajadores a tener en cuenta para el cómputo, serán los empleados en la empresa durante los doce meses antes, y que se computarán como un trabajador fijo más, a los temporales con contrato de duración determinada superior al año. Los contratos temporales inferiores al año, computan según el número de días trabajados el año anterior, de forma que cada 200 días o fracción computan como un trabajador más.

⁸ El artículo 42 establece la posibilidad de excepcionar la obligación de aplicar de esta reserva, de forma parcial o total, mediante acuerdos recogidos en la negociación colectiva o por opción voluntaria de la empresa. En todo caso dichas “excepciones” si bien todo ello condicionado a la aplicación de “medidas alternativas” que se determinan reglamentariamente (Real Decreto 364/2005, por el que se regula el cumplimiento alternativo con

-particularmente significativas en el ámbito del empleo público y, por supuesto, las que puedan ser introducidas mediante la negociación colectiva-.

El concepto de “empresa” que es obligada a cumplir con la cuota de reserva, hace referencia a la “empresa privada” considerando como tal las definidas como tal en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores (sea cual sea su forma jurídica, e incluso sin personalidad jurídica, y teniendo en cuenta que en los grupos de empresa la obligación de reserva afecta a cada una de las que lo forman de manera diferenciada. Criterio de la ITSS núm. 98/2016).

En lo referente a empresas públicas, el Criterio de la ITSS, matiza que deben entenderse comprendidas “todas las entidades públicas empresariales” de la Administración General del Estado, cuyo personal laboral se rige por el Derecho laboral, (art. 103⁹ y 106 Ley 40/2015, Régimen Jurídico del Sector Público). Respecto al personal al servicio de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, se entenderán incluidas en dicho concepto de “empresario” obligado, aquellas entidades sometidas al derecho privado en su contratación laboral, sin perjuicio del control directo o indirecto del poder público sobre ellas, derivado de la propiedad de la misma, participación financiera o por las normas que las rigen. En definitiva, la obligación de reserva en estos términos se extiende en el ámbito privado exclusivamente a las entidades público-empresariales, en las que se impone el derecho laboral común, y no sean de aplicación las normas de acceso al empleo público¹⁰, (dado que en aquéllas será de aplicación a efectos de la configuración de esta figura su propia regulación especial).

Se ha de hacer constar que el incumplimiento del respeto a la cuota de reserva, -o en su caso la aplicación de medidas alternativas-, en el ámbito empresarial, constituye una infracción laboral grave, prevista en el artículo 15.2 de Ley de Infracciones y Sanciones Administrativas (LISOS), que conlleva sanción económica y prohibición de contratación con las Administraciones Públicas, -artículo 71. d) Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público-. En relación a este aspecto hay que señalar que, en la práctica, existe una cierta deficiencia en cuanto a cumplimiento de la obligación, denuncias de dichos cumplimientos y actividad sancionadora efectiva, que es un punto a mejorar en el futuro.

La cuota es instrumento de discriminación positiva muy importante para ese aspecto, tan decisivo en términos generales de integración social, que es la incorporación al mercado de trabajo de las personas. Sin embargo, ni el porcentaje de reserva exigido actualmente para las personas con

carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, en su artículo 1 regula las circunstancias excepcionales de exención).

⁹ El artículo 103 de la LRJSP define las “entidades públicas empresariales de ámbito estatal” como “entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian con ingresos de mercado, a excepción de aquellas que tengan la condición o reúnan los requisitos para ser declaradas medio propio personificado de conformidad con la Ley de Contratos del Sector Público, y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptible de contraprestación”.

¹⁰ Para entender la delimitación en términos de aplicación del cupo de reserva de empleo propia del ámbito privado y la cuota de oferta de empleo público, es necesario tener claro que el concepto de “Administraciones Públicas” a efectos de ámbito de aplicación del EBEP incluye, según su artículo 2, a: *La Administración General del Estado; las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de la Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla; las Administraciones de las Entidades Locales; los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas y las Universidades Públicas*. Por otro lado, el personal al servicio del sector público instrumental o empresarial formado por empresas públicas empresariales, agencias, sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por el Estado, y fundaciones de carácter público, no están incluidos en el ámbito de aplicación del EBEP, pero el artículo 59 del EBEP les es de aplicación, acorde con lo dispuesto en su Disposición Adicional 1ª del EBEP, de tal forma que, su personal se rige por el derecho laboral común, pero en relación a esta materia tenemos que tener presente lo establecido en la norma de empleo público. No sucede así en relación a las empresas, o entidades privadas en las que el Estado tenga participación pero ésta sea minoritaria, y por tanto queden sometidas de forma absoluta a lo establecido por la norma laboral común, sin extensión alguna del EBEP.

discapacidad es muy alto, ni las empresas que suman en nuestro país más de cincuenta trabajadores son mayoritarias¹¹, siendo ambos aspectos parte del relativo éxito de esta medida.

Por su parte, la aplicación de la cuota de reserva en el ámbito del empleo público, también viene prevista en el artículo 42 LGDPD, en su apartado 2, donde establece la obligación de reservar un cupo en las Ofertas de Empleo Público para ser cubierto por personas con discapacidad, remitiendo el legislador en cuanto a su concreto desarrollo a la normativa específica. Efectivamente, el actual texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, (regulado actualmente por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), recoge este tradicional mecanismos de integración laboral extendiéndolo a todas las Administraciones Públicas, dado su carácter de norma básica. Así, dispone en su artículo 59¹² que *“en las Ofertas de Empleo Público se reservará un cupo no inferior al 7%¹³ de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, ... siempre que superen los procesos selectivos, acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas.”*

La reserva de vacantes en las ofertas de empleo público es de aplicación a las Administraciones Públicas incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP (art. 2), pero también, por razón de lo previsto en su Disposición Adicional primera se extiende a *“las entidades del sector público estatal, autonómico y local que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”*, (en donde se incluye el denominado sector público empresarial y fundacional, sin perjuicio de que a estas les sea de aplicación el derecho laboral en cuanto a convocatoria y provisión de puestos, dado que no les es de aplicación el EBEP, y por tanto no están sometidas a lo establecido en el Capítulo I, del Título IV de dicha norma). En definitiva, en relación a esta materia, solo será de aplicación la regulación laboral referente a cuota de reserva al ámbito del sector público-empresarial donde las Administraciones tengan participación, pero no el control económico de las entidades en cuestión.

Es importante matizar que, como se observa del literal del art. 59 EBEP, el cupo de reserva en las OEP, no vienen condicionadas por la limitación de la dimensión de la plantilla, siendo indiferente la existencia de 50 o más trabajadores¹⁴, -que es una de las características que restringe la efectividad de la medida en el ámbito de la empresa privada-n

Además, este cupo de reserva hace referencia tanto a las convocatorias para plazas de nuevo ingreso, como las de promoción interna, si bien dicha obligación de reserva no alcanza *“a todas y cada una de las convocatorias que se realicen”*. La distribución del cupo *“puede distribuirse entre los diferentes cuerpos, escalas o categorías y si hay distribución del cupo es porque en algunas*

¹¹ Según datos estadísticos de empresas inscritas en la Seguridad Social, a septiembre de 2021, las empresas registradas en España alcanzan los 3,3 millones. El número de empresas con trabajadores en 2021 era de 1.309.569. La mayoría de ellas contaban con uno a dos trabajadores. Las empresas con más de 50 solo suman 30.131. <https://www.mites.gob.es>

¹² Este precepto tiene como antecedente la previsión establecida en la ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, que modificaba la Disposición Adicional 19ª de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en el sentido de obligar a reservar en las Ofertas de Empleo Público un cupo no inferior al 5% de las vacantes pero solo en el ámbito de la Administración General del Estado.

¹³ Inicialmente el artículo 59 del EBEP establecía un cupo básico para discapacitados no inferior al 5% de las vacantes (Ley 7/2007, texto original del EBEP), pero la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación de la normativa a las Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, obligó a modificar dicho artículo con el incremento del porcentaje, estableciendo un límite no inferior al 7%, con el matiz del 2% para personas con discapacidad intelectual.

¹⁴ MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A. J., “El acceso al empleo público de las personas con discapacidad en las Administraciones Públicas autonómicas. Un diagnóstico normativo”, en *El empleo público y las personas con discapacidad*, CERMI, Madrid, 2009.

convocatorias el porcentaje de reserva podrá ser superior y en otras inferior o no existir”¹⁵.... Es, por tanto, “una obligación de reserva general que vincula a las ofertas de empleo público, que son las que tienen que precisar, directamente o por delegación en otro acto administrativo general, los términos en que han de concretarse las reservas en las diferentes convocatorias”, y justificar con razón suficiente los casos en que se excluya, (Sentencia TS, Sala 4ª, de 5 de octubre de 2009, Rec. 82/2008).

El objetivo que sí marca claramente el legislador es que mediante el mismo “progresivamente se alcance el 2% de los efectivos totales de cada Administración Pública”, sean trabajadores con discapacidad. Otro matiz importante es que esa reserva del 7%, incluye a su vez una reserva del 2% de las plazas ofertadas específicamente para ser “cubiertas por personas con discapacidad intelectual”, siendo el resto para discapacitados con otro tipo de limitaciones, (art. 59. 1, párrafo segundo EBEP). Como se comprueba de la lectura del precepto, a diferencia de lo previsto para el empleo de la empresa privada (y público-privada), que se establece la reserva como una obligación de resultado, en el ámbito del empleo estrictamente público se regula como una obligación de medio, relativo a los procesos de contratación.¹⁶

Esta reserva de plaza permite, además, la realización de pruebas restringidas según se deduce del artículo 61.1 EBEP¹⁷, siendo considerada como una medida de discriminación positiva, acorde a la doctrina del Tribunal Constitucional, (por todas, STCo 269/1994, de 3 de octubre). No supone, por tanto infracción de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, que rigen el acceso al empleo público.

El desarrollo reglamentario de la original regulación del cupo de reserva, (Ley 30/84, modificada por Ley 53/2003), fue realizada por el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad. Dicha norma hace referencia a la Administración General del Estado, -sin perjuicio de su aplicación supletoria a las Comunidades Autónomas conforme con su Disposición Adicional Única-. Actualmente sigue vigente, sin perjuicio de adaptaciones a la regulación actual, (principalmente el incremento del cupo de reserva que originariamente era del 5% y a partir de la 2011 se incrementa hasta el 7%). En desarrollo de esta norma reglamentaria se aprobó la Orden Ministerial PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen los criterios para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad. También hay que tener presente que los Decretos que aprueban las Ofertas de Empleo Público y las bases de las convocatorias¹⁸, regulan previsiones concretas sobre esta materia, (siendo aquí donde se adapta el mayor o menor cupo de reserva según las funciones o actividades y la compatibilidad con la discapacidad de que se trate). Las diferentes Administraciones Públicas ofrecen información sobre los puestos de trabajo objeto de oferta, así como el cupo de reserva, en la oferta pública de empleo anual (publicada a principios de año en los Boletines Oficiales del Estado y de cada comunidad autónoma). Determinados empleos públicos (como son la judicatura, oposiciones

¹⁵ De hecho en ciertas categorías, la normativa sectorial matiza las capacidades específicas exigidas para acceder a un determinado empleo público. La necesidad de acreditar la “capacidad funcional” precisa para desempeñar las tareas del cuerpo o especialidad al que se opta se realizará mediante dictamen vinculantes que expedirá el órgano competente, antes de iniciarse las pruebas selectivas.

¹⁶ MERCADER UGUINA, J., GOERLICH PESET, J.M., ARADILLA MARQUÉS, M.J., MORENO SOLANA, A., GIMENO DÍAZ, P. Prácticum Social. Thomson Reuters. 2018. Navarra.

¹⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F. “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en Comentario Sistemático del Estatuto Básico del Empleado Público. VV.AA. Comares. Granada, 2008.

¹⁸ Pueden convocarse reserva de plazas para personas con discapacidad mediante convocatoria independiente a la de los procesos libres, o conjuntamente con las plazas ordinarias, pero las plazas reservadas para los discapacitados intelectuales se convocan en un turno independiente, a excepción de las de promoción interna que se convocan con el resto. La elección de optar por el turno libre o por el de reserva, es de la persona con discapacidad. “Acceso al empleo público para las personas con discapacidad. Medidas positivas para promoverlo”. Informe del Defensor del Pueblo Andaluz, 2016.

a notarías y registros...) cuentan con normas propias de acceso, distintas de las generales, pero con ciertas similitudes en cuanto a la regulación de los aspectos de discapacidad.

El EBEP es, en todo caso, la norma básica de referencia en relación al mecanismo de obligación de reserva de cara a favorecer el acceso al empleo público de las personas con discapacidad, pero las Comunidades Autónomas cuenta, a su vez con normativa propia, desde la que es posible mejorar lo establecido por la norma estatal.

Seguidamente nos centraremos en la regulación sobre el cupo de reserva que, actualmente, rige en la Comunidad Autónoma andaluza.

IV. RESERVA DE EMPLEO PÚBLICO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA

El mecanismo de reserva de empleo público para personas con discapacidad en el ámbito de las Comunidades Autónomas viene, lógicamente, condicionado en término de mínimos por la normativa estatal, de forma que su regulación, cuando menos, debe ser una traslación al ámbito autonómico. No obstante, puede -y suele-, ser mejorada mediante disposiciones legales, reglamentarias autonómicas o en la negociación colectiva que se desarrolle a nivel autonómico y provincial. Seguidamente analizaremos dicha traslación y desarrollo o mejora en el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza.

1. La reserva de empleo público en la Ley 4/2017, de los Derechos y la Atención a Personas con Discapacidad en Andalucía

La regulación a nivel de Andalucía que tiene como objetivo el adaptar la regulación autonómica a la Convención de Naciones Unidas es la, ya consolidada, Ley 4/2017, de Derechos y Atención a Personas con Discapacidad en Andalucía (LDAPDA).

Entre los objetivos y materias que se tratan en esta norma, expresamente se concede especial importancia a *“dar prioridad a las políticas de empleo dirigidas a la igualdad de oportunidades para todas las personas según sus capacidades, no solo en el ámbito del empleo público, sino en todos los perfiles de ocupación,”* (Exposición de Motivos, Apartado I). En este mismo sentido, entre los fines esenciales de la norma, recogidos en su artículo 5 establece el *“o) prevenir la discriminación en el acceso al empleo, incorporando actuaciones que faciliten la inclusión e integración transversal de la igualdad de oportunidades en el diseño, implantación y evaluación de las políticas públicas de empleo”*.

No obstante, la importancia de la integración en términos de empleo de las personas con discapacidad ya venía prevista en el texto del Estatuto de Autonomía de Andalucía, en concreto en su artículo 169.2, en relación con las políticas de empleo, conmina a los poderes públicos a *“establecer políticas específicas para la inserción laboral de las personas con discapacidad, así como a velar por el cumplimiento de las reservas previstas en la legislación aplicable”*.

El contenido expreso sobre “formación y empleo” viene recogida en el Título V de la ley 4/2017, de los Derechos y la Atención a Personas con Discapacidad en Andalucía. En dicho Título de la norma se proclama la tutela de las Administraciones Públicas de Andalucía en relación a *“la igualdad de oportunidades y de trato en el acceso a las personas con discapacidad al empleo, formación, cualificación y promoción profesionales...”*, a cuyos efectos “se llevarán a cabo políticas de formación profesional y empleo, medidas de acción positiva destinadas a facilitar su acceso y permanencia en el mercado laboral” (art. 24). En el artículo 26.3 LDAPDA, por su parte, se mencionada como contenido específico de las políticas de empleo a desarrollar desde la Junta de Andalucía, el impulso a *“acciones necesarias para facilitar el cumplimiento y la implantación de la cuota de reserva de los puestos de trabajo para personas con discapacidad, por parte de las empresas”*, (si bien, esa concreción en cuanto a las “acciones” ya se sabe que no facilitan el buen fin de los buenos propósitos del regulador).

Lo realmente concreto e importante en cuanto a esta materia, viene recogido en el artículo 28 de la norma, si bien hace referencia exclusivamente al “empleo público”. En dicho precepto se establecen mejoras concretas relativas a la “*promoción interna y provisión de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas de Andalucía*”, garantizando el principio de igualdad de oportunidades y de trato de las personas con discapacidad. A tal fin se menciona expresamente la “*exención de algunas pruebas y la aplicación del sistema de concurso como sistema de acceso a personal laboral*”.

A esto se añade una significativa mejora respecto a la norma estatal, en relación al cupo de reserva, que en Andalucía no podrá ser inferior al 10% del número de plazas para personas con discapacidad reconocida. Dentro de ese porcentaje se hace una especial protección para las personas con discapacidad intelectual, que serán beneficiarias de un 2% de reserva dentro de la cuota de reserva, y un 1% que será exclusivamente para personas con discapacidad mental, que acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 33%, (además de la consabida superación del proceso selectivo, y la compatibilidad con el puesto a ocupar¹⁹). Además se establece una regla de salvaguarda de plazas del cupo no cubiertas, de forma las plazas vacantes reservadas que no hayan sido cubiertas en una convocatoria (cosa que sucede más de lo deseable), deberán acumularse para ofertas de empleo posteriores, con el límite máximo del 10%.

El apartado 2 del artículo 28 LDAPDA, por su parte, incluye la obligación de las Administraciones andaluzas de adoptar medidas “*precisas*” de adaptación y ajustes razonables de tiempos, medios y accesibilidad en el proceso selectivo de las personas con discapacidad, y establecer los tipos de sistemas de selección adecuados a cada tipo de discapacidad, siendo el objetivo de esta obligación el garantizar respeto al “*principio de igualdad de oportunidades y de trato de las personas con discapacidad*”. El legislador hace mención entre las posibles medidas a aquellas que tengan “*especial incidencia en la accesibilidad cognitiva*”, ...se podrán incluir, “*entre otras, textos de lectura fácil y la exención de algunas de las pruebas o el establecimiento del sistema de acceso a personal laboral mediante concurso, a fin de posibilitar el acceso al empleo público de las personas con discapacidad intelectual*”, (mucho más expresivo y motivado, es el legislador en relación a los instrumentos para cumplimiento de las cuotas de reserva en el empleo público que en el privado...). En la práctica la Administración andaluza utiliza, a estos efectos, la Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad (BOE núm. 140 de 13 de junio de 2006).

También es interesante hacer una breve mención de otro derecho vinculado a la integración laboral que incluye la mencionada norma, que es la reserva para personas con discapacidad de un 5% de plazas en cursos de formación para el empleo organizados por la Junta de Andalucía. También los programas de escuelas taller, casas de oficio y talleres de empleo cuentan con una reserva del 5% de sus plazas (art. 29 LDAPDA).

Para concluir debe hacerse una observación referente a la ausencia de referencias específicas en la LDAPDA sobre las posibles responsabilidades o consecuencias ante el incumplimiento en materia de cuota de reserva. Es cierto que la norma contiene un tratamiento particular su Título XIII al régimen sancionador en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, (artículos 82 a 87), y que la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social establece infracciones concretas vinculadas a incumplimientos en materia de reserva (art. 15 LISOS), pero ello no quita la conveniencia de haber realizado alguna previsión específica a las responsabilidades vinculadas a las posibles responsabilidades derivadas del incumplimiento de las cuotas de reserva

¹⁹ Para poder concurrir a las pruebas de acceso dentro del cupo de reserva, se debe hacer constar por la persona interesada y garantizar mediante resolución, el grado de discapacidad que justifique su derecho, siendo de, al menos, de un 33 %, o situaciones legalmente asimiladas. En las convocatorias de la Administración General del Estado (AGE), no se exige aportar dicho certificado hasta que se haya superado el proceso selectivo, -salvo que se solicite exención de tasas o adaptación del tiempo de y/o medios para realizar las pruebas-.

tanto en el ámbito privado, como en el público, -en diferentes términos, dada su naturaleza jurídica diferenciada, pero a fin de reforzar el cumplimiento de este imprescindible instrumento de integración laboral-.

2. Análisis de la cuota de reserva reflejada en la Oferta de Empleo Público de la Junta de Andalucía extraordinaria para estabilización de personal de 2022

El 31 de mayo de 2022 se hizo pública en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía extraordinario, número 20, última Oferta de Empleo Público excepcional²⁰, vinculada a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de Medidas Urgentes para la reducción de la temporalidad en las Administraciones Públicas. A tal fin, la oferta incluye 9.137 plazas distribuidas en la Administración General (Decreto 91/2022), Educación y entidades instrumentales (Decreto 93/2022) y consorcios del sector público andaluz (Decreto 90/2022), procediéndose a hacer públicas las correspondientes convocatorias a partir de dicha OEP.

Debe tenerse en cuenta, con carácter previo, el hecho de que frente a la cuestión sobre la procedencia o no, de la inclusión de la cuota de reserva prevista en el artículo 59 del EBEP, en las Ofertas de Empleo Público articuladas en el marco de la exigencia de consolidación o estabilización del empleo temporal en las distintas Administraciones, dicha obligación ha sido reconocida categóricamente en diversas sentencias. El respeto al cupo de reserva de las plazas, -que es lo que se estabiliza mediante estos procesos, y no puestos vinculados personas-, no solo ha sido reconocido por diversos Tribunales Superiores de Justicia, sino que coinciden en incidir en el hecho de que de no respetarse dicha obligación procedería la nulidad de pleno derecho de aquellas Ofertas de Empleo y sus correspondientes convocatorias, que no lo respetasen (. De hecho, dicha omisión sería considerada como una vulneración del artículo 14 de la Constitución (por todas, STSJ Comunidad Autónoma Valenciana, de 14 de septiembre de 2021 -Rec. 242/2020-, y STS de Galicia (Sala Tercera), de 2 de octubre de 2019, -Rec. 54/2018-).

Pues bien, en la Exposición de Motivos y, posteriormente en el articulado de dichos Decretos que aprueban las OEP de estabilización en Andalucía, se hace mención al cupo de reserva de empleo público para personas con discapacidad que se reflejarán en las convocatorias de los respectivos procesos selectivos. Este cupo no será inferior al 10% de las vacantes para personas con discapacidad, así como el 2% dentro de dicho porcentaje para personas con discapacidad intelectual y un 1% para enfermos mentales con discapacidad reconocida del 33% o más de discapacidad reconocida, todo ello en cumplimiento del artículo 59 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, así como en el Decreto 93/2006, de 9 de mayo, por el que se regula el ingreso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la Función Pública de la Administración General de la Junta de Andalucía. La reserva afecta a los cuerpos, especialidades u opciones de acceso del personal funcionario, y/o los grupos y categorías profesionales de personal laboral (este matiz se hace expreso en el Decreto 91/2022, relativo a la Administración General de la Junta de Andalucía, dado que este caso existirán convocatorias para ambos tipos de empleados públicos). Lógicamente, la ocupación de dichos puestos estará condicionada a la superación de los procesos selectivos, la acreditación de la discapacidad y la compatibilidad de ésta con el desempeño de las tareas, y su distribución se concretará en las distintas convocatorias. Se establece la previsión de salvaguarda para plazas vacantes reservadas que, en el caso de no cubrirse, *“se acumularán a posteriores ofertas hasta un límite del 10% de las plazas no cubiertas”, y las plazas restantes no cubiertas “serán acumuladas a las del cupo general en las respectivas convocatorias en las que se produzca dicha circunstancia”*.

²⁰ Meses antes, el BOJA núm. 246 de 24 de diciembre de 2021 publicó el Decreto 263/2021, DE 21 de diciembre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para la estabilización de empleo temporal en la Administración General de la Junta de Andalucía para 2021.

También se establece un beneficio para aquellos aspirantes con discapacidad que se presente por el turno de reserva pero no llegasen a obtener plaza, de forma que si *“su puntuación fuese superior a la de otras personas aspirantes del sistema de acceso general, serán incluidos por su orden de puntuación en el sistema de acceso general, siempre que haya superado las pruebas o ejercicios correspondientes”*, (Decreto 91/2022, artículo 3.3).

En contraste con esta oferta de empleo público, en la Administración General del Estado el Real Decreto 408/2022, de 24 de mayo, (BOE núm. 124 de 25 de mayo), aprobó la OPE para estabilización de empleo temporal en la Administración General del Estado. El cupo de reserva en este caso es del 7%, -acorde con lo establecido en el artículo 59 del EBEP, y por tanto menor al porcentaje que se establece a efectos de la comunidad autónoma andaluza-. Por su parte, el Real Decreto 407/2022, de 24 de mayo, aprobó la OPE ordinaria, ofertándose un total de 44.787, -de las cuales 34.151 plazas ordinaria y 10363 plazas de estabilización de empleo temporal-. El artículo 4 de dicho Real Decreto, se regulan las reglas de acceso y promoción para personas con discapacidad, donde también se observan coincidencias, pero también diferencias con las reglas establecidas en el ámbito del empleo público de Andalucía. En concreto, en el apartado 9 del art. 4 se prevé que las plazas reservadas para las personas con discapacidad que queden desiertas en los procesos de acceso libre no se podrán acumular al turno general. En los procesos de promoción interna, las plazas reservadas para personas con discapacidad que queden desiertas se acumularán a las del turno general de estos procesos; -es decir, algo más restrictivo que en el ámbito autonómico andaluz-.

V. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA SOBRE DISCAPACIDAD 2022-2030: REFERENCIAS AL CUPO DE RESERVA COMO MEDIDA DE FOMENTO DEL EMPLEO

En fecha 4 de mayo de 2022 se hizo pública por el Ministerio de Asuntos Sociales y Agenda 20/30, la denominada “Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030”. En dicho documento, desde la Dirección General de las Personas con Discapacidad vinculada al mencionado Ministerio, se expone una hoja de ruta ambiciosa con el objetivo de marcar líneas de actuación y prioridades que el Estado español deberá tener presente los próximos años para, a través de sus administraciones central y autonómicas y, en general, poderes públicos, “contribuir a hacer efectivos los derechos humanos de las personas con discapacidad y de sus familias”.

Es importante tener presente este documento dado que aporta una radiografía de los retos actuales vinculados a los derechos de las personas con discapacidad y, a la vez, nos adelanta las prioridades que en términos político y legal, deben ser desarrolladas en los próximos años a nivel Estatal y autonómico.

Así pues, es el documento aporta una información muy completa y realista sobre lo que existe actualmente, y sobre lo que se espera que exista en 2030, en particular en materia de “cuota de reserva” como medida de fomento del empleo frente a las dificultades que afectan a los discapacitados en el acceso al mercado laboral. De hecho, en el propio informe se hace mención a la llamada que se realiza, dentro de las recomendaciones incluidas en el Tratado de Naciones Unidas sobre empleo y personas con discapacidad, a las “cuotas obligatorias” como principal medida a promover, con las “modificaciones legislativas y políticas” que sean necesarias, para lograr el acceso al empleo en el ámbito público y privado, de personas con discapacidad²¹.

²¹ Los Comités de Naciones Unidas han remitido al Estado español recomendaciones a aplicar para dar debido cumplimiento a las Convenciones y Pactos ratificados por nuestro país en materia de discapacidad. En referencia a “empleo”, se insta a: *“Seguir analizando modificaciones legislativas y políticas que promuevan el empleo de personas con discapacidad en el ámbito público y privado, con el foco puesto especialmente en mujeres con discapacidad y zonas rurales, mediante cuotas obligatorias (EPU, CDPD). Asegurar que se aplican ajustes razonables en el puesto de trabajo a efectos de garantizar la accesibilidad y el pleno desarrollo de los derechos laborales de las personas trabajadoras con diversidad funcional, especialmente en caso de accidentes de trabajo que hayan dado lugar a discapacidad”*.

Acorde con dichos requerimiento, el contenido concreto sobre la “cuota de reserva” que se hace en la Agenda sobre discapacidad, parte de la consideración de esta medida como uno de los “retos estratégicos sobre empleo”, y en cuanto al contenido de este reto destaca los siguientes aspectos que son precisos potenciar: “12. *Garantizar un cumplimiento efectivo de la cuota de reserva de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en las empresas. Exigir su cumplimiento como requisito de acceso a la contratación pública o a ayudas públicas, o la compatibilidad entre el empleo y las pensiones.15. Potenciar el acceso al empleo público entre las personas con discapacidad, mediante el desarrollo, extensión y mejora de la aplicación de la cuota de reserva (7% y 2% en discapacidad intelectual) en todas las ofertas de empleo público. 16. Regular los ajustes razonables que permitan el acceso y la permanencia en el empleo de las personas con discapacidad y facilitar los medios y apoyos para que estos sean posibles; combatir la discriminación por discapacidad en el empleo, generando canales de denuncia y mecanismos de información, control y seguimiento de situaciones de discriminación.*”

Por otra parte, se señala como uno de los principales ejes de actuación en materia de “*inclusión social y participación*” el incremento de la tasa de actividad y aseguramiento del derecho al empleo de las personas con discapacidad. A tal efecto se enumeran los objetivos vinculados a este eje de actuación, diferenciando entre medidas de ámbito Estatal y Autonómico. Entre las líneas de actuación de ámbito Estatal (señalando al Ministerio de Trabajo y Economía Social como responsable), las que hacen referencia a la cuota de reserva son: “*Aumentar la tasa de actividad de las personas con discapacidad avanzando en asegurar su derecho a un empleo digno en entornos laborales abiertos, inclusivos y accesibles, y posibilitando su promoción y desarrollo laboral en igualdad de condiciones...; Revisión de la regulación de la cuota de reserva en la empresa ordinaria para adaptarla (tanto en porcentaje de cuota, como en el perfil de las empresas obligadas) a la realidad del tejido empresarial de nuestro país y de las posibilidades de las personas con discapacidad, contando con los agentes sociales, así como al marco de exigencia en otros países de nuestro entorno y revisión del RD 364/2005 de medidas alternativas; Modificación del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones de carácter social para reforzar el carácter disuasorio de la normativa sancionadora frente a los incumplimientos de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad*”.

Es llamativo, y muy oportuno, el que se inste también a la modificación del Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, proponiendo que se elimine la disposición en la que aparece “*la obligación de que a la solicitud de adjudicación de destino deba acompañarle un informe que acredite la procedencia de la adaptación y la compatibilidad con el desempeño de las funciones que tenga atribuido el puesto solicitado*”. La razón de esta exigencia es el hecho de que se considere claramente incompatible con el derecho a la igualdad en el acceso al empleo público, (se señala como responsable de esta reforma al Ministerio de Hacienda y Función Pública).

Se exige, de forma ambiciosa, el incremento de la cuota de reserva para personas con discapacidad en las Ofertas de Empleo Público “*hasta la consecución de una presencia de trabajadores/as con discapacidad en las Administraciones Públicas proporcional al porcentaje de población con discapacidad activa*”. Además exigen el establecimiento de “*pautas unificadas sobre la aplicación de la cuota de reserva en el empleo público: extensión a todos los puestos, grupos, categorías y perfiles profesionales; extensión a las bolsas de empleo y tanto al personal funcionario como al personal laboral; y considerando todos los aspectos, elementos y fases de acceso, mantenimiento y promoción en el empleo público (regulación de cupos, formación, carrera profesional, movilidad, flexibilidad horaria, medidas de conciliación, permisos, excedencias, etc.). Incorporando realidades con los trastornos del espectro del autismo*”. Lógicamente, de ambas acciones se señala como responsable al Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Muy interesante es la llamada a la *“mejora de la información a las trabajadoras y trabajadores con discapacidad sobre los canales para denunciar y poner en conocimiento de la administración competente, situaciones de discriminación, tanto en el acceso al empleo como en sus condiciones laborales, por motivo de discapacidad”*. Se trata de proporcionar, y facilitar las vías de denuncia mediante campañas, guías, actuaciones de acercamiento o similares acciones, para que las personas afectadas por estas circunstancias puedan activar los instrumentos sancionadores. Se señala como responsable al Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Se requiere también a la promoción del diálogo con los interlocutores sociales para mejorar y actualizar los Convenios Colectivos y de las Leyes laborales para erradicar discriminaciones de acceso al empleo de las personas con discapacidad. *Responsable: Ministerio de Trabajo y Economía Social.*

Por su parte, la referencia del informe a las líneas de actuación y recomendaciones para las Comunidades Autónomas y a otras Administraciones locales relativos a empleo, y con concreta referencia a la cuota de reserva, destaca el objetivo de *“reforzar los mecanismos de inspección y control de cumplimiento de la cuota de reserva de trabajadores/as con discapacidad a la hora de otorgar ayudas públicas, como las subvenciones y convocatorias recogidas bajo el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia”*. También se hace mención a la necesidad de impulsar programas de Empleo con Apoyo y empleo personalizado, metodologías de demostrado éxito para la inclusión laboral de personas con discapacidad, e impulsar medidas de estímulo de la Responsabilidad Social Corporativa relacionadas con las personas con discapacidad para facilitar su inserción laboral.

Como el propio nombre del documento indica, el objetivo es llegar a 20/30 con estas actuaciones y mejoras cumplidas. La dinámica y control de la situación se gestionará mediante informes intermedios (años 2024, 2026, 2028), y un informe final en 2030. Sin duda este “Agenda” es un instrumento de impulso útil que para tener éxito requerirá de la implicación de las diferentes Administraciones y de las políticas públicas e iniciativas legislativas que se desarrollen desde ellas.

VI. CONCLUSIONES

Es notoria la dificultad de acceso al empleo (público y privado), que afecta a las personas con discapacidad. En general las personas con dificultades de cualquier tipo, que afectan en distinta medida, pero de forma considerable, a sus capacidades, y que en términos jurídicos son calificadas como discapacitadas, tienen menores tasas de empleo que el resto de la población, (ODISMET, 2020). Para hacer frente a esta realidad sostenida en el tiempo, se articulan diversas políticas activas de empleo, entre la que destaca la denominada “cuota de reserva” de empleo, que cuenta con larga tradición en nuestro ordenamiento. El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) sostiene que el empleo público (ya sea funcionario o laboral, y en las diversas Administraciones y entidades públicas), tiene un enorme potencial como instrumento de inclusión laboral, pudiendo ser la vía para crear numerosos puestos de trabajo para ser desempeñados por personas con discapacidad, pero *“no se está aprovechando en toda su amplitud”*. Las Administraciones Públicas territoriales pueden, entre otras cosas, mejorar el cupo de reserva que el EBEP, como norma básica, establece en términos generales para todos los procesos selectivos, y así viene sucediendo en la mayoría de ellas, y así sucede en particular en la andaluza, desde hace más de cinco años.

El principal problema de este importante y valioso, instrumento de inclusión laboral que es la “cuota de reserva” no es solo su amplitud (que es mejorable pero no el principal problema), es su falta de cobertura, que deriva por una parte del incumplimiento por parte de empresas y Administraciones Públicas, y por otra por la falta de candidatos en algunas de las ofertas de empleo y las convocatorias públicas con cuota de reserva. Una de las razones de esta falta de cobertura de los porcentajes marcados por la norma es el desconocimiento de las posibilidades laborales que brinda esta cuota de reserva

por las propias personas beneficiarias. Es imprescindible, por tanto, desarrollar políticas eficaces de difusión y facilitación en términos de acceso a las plazas que son objeto del cupo de reserva.

También existen otras medidas que pueden impulsar la efectividad desde el punto de vista del cumplimiento por parte de las empresas, como se propone en el documento de “Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030”, que es el exigir su cumplimiento como requisito de acceso a la contratación pública o a ayudas públicas, o la compatibilidad entre el empleo y las pensiones, (en este sentido se expresa la propuesta número 12 del mencionado informe). Como se ha visto, el apartado 17 de la “Estrategia española sobre discapacidad” hace referencia, entre otras cosas, a la necesidad de “*potenciar el acceso al empleo público entre las personas con discapacidad, mediante el desarrollo, extensión y mejora de la aplicación de la cuota de reserva (7% y 2% en discapacidad intelectual) en todas las ofertas de empleo público*”. Esta medida, como todas que se proponen en la Estrategia de futuro sobre esta materia es muy positiva, si bien, no parece que el problema sea solo de aplicación en sí mismo, sino más bien de falta de mecanismos en torno a la incentivación, información y facilitación a las personas con discapacidad para que accedan a las plazas ofertadas con reserva, y este trascendental aspecto no tratado de forma específica en el mencionado informe.

Otro elemento a tener en cuenta, a efectos de necesaria mejora, es la existencia actual de una cierta deficiencia en materia de evaluación de los datos relativos al acceso al empleo público y privado de las personas con discapacidad, lo que impide hacer un seguimiento serio y valoraciones de fondo sobre deficiencias y puntos positivos del sistema. Prueba de esta especie de dejadez, en relación a los datos sobre empleo público, se observa cuando en el apartado final de la Memoria del Consejo Nacional de la Discapacidad (CND) de 2021, el CERMI insta al CND a solicitar a la Dirección General de la Función Pública el Informe balance anual sobre acceso de personas con discapacidad al empleo público de 2018 a 2021, conforme con lo contemplado en el apartado 2 del artículo 13 del Real Decreto 2271/2004. En dicho precepto se establece la elaboración de un informe balance a realizar por el Ministerio de Administraciones Públicas sobre “*toda la información y estadísticas relevantes.... Sobre acceso de personas con discapacidad a empleo público*”, que se pondrá en conocimiento de la Comisión Superior de Personal y el Consejo Nacional de la Discapacidad.

A pesar de las necesarias y posibles mejoras, se ha de hacer constar que España es uno de los países de la Unión Europea más concienciados con las personas con discapacidad en lo que se refiere al acceso al empleo público y, en particular, Andalucía es una de las Comunidades Autónomas con una mejora efectiva sobre la norma mínima estatal en materia de cuota de reserva. Si bien prácticamente todos los países de nuestro entorno establecen medidas de apoyo al acceso de las personas con discapacidad al empleo público, solo Alemania tiene cuotas de reserva tan amplias como las que existen en nuestro país. Por otro lado, esta afirmación puede hacerse de manera más contundente en lo que se refiere a personas con discapacidad intelectual, pues ninguno de los países de la UE analizados prevé cuotas de acceso específicas para la discapacidad intelectual como las que existen en nuestro país.

No obstante, según datos oficiales, la tasa de actividad de trabajadores con discapacidad en nuestro país es solo del 34%, y solo una cuarta parte de las empresas han incorporado al 2% de cuota de trabajadores con discapacidad que exige la norma laboral. Según el El número de ocupados ha ido incrementado en los últimos años,²² aunque en el año 2021, -seguramente por efecto aún de la pandemia

²² Los contratos indefinidos han descendido ligeramente con respecto al año 2020, así como la contratación a tiempo completo, incluso en mayor medida. Si atendemos a las ocupaciones para las que son contratados los trabajadores del colectivo, las pertenecientes a los grupos de trabajadores de los servicios de restauración, personales, protección y vendedores y Ocupaciones elementales, absorben a casi el 44 % del total. En las personas sin discapacidad son también estos grupos los mayoritarios, pero su representatividad es menor, el 34,63 %. Por último, se puede ver la incidencia sobre la actividad o inactividad de las personas con discapacidad en función del grado de la misma que tengan reconocido. El porcentaje de actividad va disminuyendo según va aumentando el grado de discapacidad, de modo que sólo en las que tienen reconocida una minusvalía entre el 33 y el 44 %, el número de activos supera al de los inactivos. Apartado 1.3.2. Población Ocupada y Parada, en el Informe del Mercado de Trabajo de las Personas

de Covid-19-, ha disminuido un 2,44 %, pasando de 394.400 ocupados en el año 2014 a los 485.900 del año 2019, con lo que el incremento acumulado en el periodo fue del 23,20 %. Con respecto a los parados, en este mismo periodo han disminuido año tras año, acumulando un descenso del 20,31 %. En las personas sin discapacidad el comportamiento fue mejor, con un descenso de casi el 39%.

En definitiva, la información oficial sobre ocupación de personas discapacitadas nos llevan a afirmar que aunque existe una tendencia favorable, queda mucho por hacer, y que los próximos años pueden ser clave en términos de mejora si se atienden y cumplen los objetivos marcados por la Estrategia sobre Discapacidad. Seguiremos atentos a las políticas y normas que se vayan dictando en los próximos años y a los informes periódicos de dicha Estrategia, que comienza con el informe de seguimiento de 2024.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

BUEYO DÍEZ JALÓN, M. *El impacto de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad*. <https://www.discapnet.es/derechos/tus-derechos-fondo/convencion-internacional-de-derechos-para-personas-con-discapacidad/impacto>

Criterio Técnico 98/2016 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. <https://www.mites.gob.es>

Defensor del Pueblo Andaluz. Informe sobre el acceso al empleo público para las personas con discapacidad. Medidas positivas para promoverlo. Noviembre 2016.

Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030. Para el acceso, goce y disfrute de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad. Versión 4/05/ 2022. Editado por el Ministerio de Asuntos Sociales y Agenda 20/30. Dirección General de Derechos de las Personas con Discapacidad. 2022.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195, 2017.

MÁRQUEZ PRIETO, A. “La nueva Ley andaluza de Derechos y Atención a personas con discapacidad”. En XII Congreso jurídico de la abogacía ICA Málaga. Iltre. Colegio de Abogados de Málaga, 2017.

MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A. J., “El acceso al empleo público de las personas con discapacidad en las Administraciones Públicas autonómicas. Un diagnóstico normativo”, en *El empleo público y las personas con discapacidad*, CERMI, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ PUJALTE, A., FERNÁNDEZ ORRICO, F. “El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas”. *Anales de Derecho y Discapacidad*. Núm. 1. Septiembre de 2016.

ROMERO RODENAS, M.J. (dirección). VV.AA. Trabajo y Protección Social del Discapacitado. Editorial Bomarzo, Albacete, 2003.

ROQUETA BUJ, R., ALFONSO MELLADO, C. El acceso al empleo público. Editorial Bomarzo. Albacete, 2022.

ROQUETA BUJ, R. “Procesos de colocación, reclutamiento y selección de personal”, en la obra colectiva *Contrato de Trabajo y Relación Laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*. García Murcia, J. (Dirección). Colección Informe y Estudios núm. 122. Ministerio de Trabajo y Economía Social. 2022, Madrid.

RUIZ SANTAMARÍA, J.L. *Vacios e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*. Editorial Thomson Reuters, Aranzadi. Navarra, 2019.

La estrategia española sobre discapacidad 2022-2030, para el acceso, goce y disfrute de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad. Ministerio de Asuntos Sociales y Agenda 20/30. Dirección General de Derechos de las Personas con Discapacidad. 4 de mayo de 2022, Madrid.

Libro Blanco sobre acceso e inclusión en el empleo público de las personas con discapacidad. Instituto Nacional de Administración Pública, 1ª Edición. Madrid, 2015.

Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad, 2021 (datos de 2020). Servicio Público de Empleo. Observatorio de las Ocupaciones. Catálogo general de publicaciones oficiales. 2021. <http://publicacionesoficiales.boe.es>