

Impacto de las medidas alternativas en la inclusión laboral de las personas con discapacidad

Inmaculada Alonso Mas

Profesora ayudante de la Universidad Miguel Hernández de Elche
i.alonsom@umh.es

RESUMEN

Esta comunicación examina la eficacia de las medidas alternativas previstas por la normativa, en su caso, cuando las empresas de 50 o más trabajadores no cumplan con la cuota de reserva para la contratación de personas con discapacidad. A través de un análisis jurídico, se evalúa, asimismo, cómo estas medidas contribuyen o limitan la transición de personas con discapacidad desde el empleo protegido hacia el mercado de trabajo ordinario. Además, se debatirá sobre la adecuación de estas medidas en el marco legal vigente y su impacto real en la inclusión laboral efectiva de este colectivo.

Palabras clave

Medidas alternativas, cuota de reserva, discapacidad.

1. INTRODUCCIÓN

El nacimiento de la normativa de cuotas se encuentra en la política de contratación de los veteranos de la Primera Guerra Mundial. Se animó a las empresas, y en algún caso se las obligó, a emplear a un determinado porcentaje de personas con discapacidad derivada de su participación en la Gran Guerra. Se trataba, en realidad de un *quid pro quo*, como un deber moral de las sociedades hacia quienes las habían defendido en el conflicto bélico. Estas personas con discapacidad sufrían de unas elevadas tasas de desempleo, de tal modo que el sistema inicial, de contratación voluntaria, fue progresivamente sustituido por el de cuota obligatoria, que resultó ser el absolutamente predominante después de la Segunda Guerra Mundial. Pero, a partir de 1945, el espectro de la reserva de empleo se amplía, pues ya no se dirige en exclusiva a los veteranos de la guerra que han sufrido alguna lesión permanente y limitativa, sino también a la población civil que tenga algún tipo de discapacidad. Así pues, el deber cívico ahora sólo puede explicarse a partir de otros parámetros. Se trata en la actualidad, lisa y llanamente, de una política específica dirigida a un colectivo concreto que es parte de las más genéricas políticas de protección social de los países [1].

La técnica de las cuotas ha actuado como un desencadenante de la necesidad de poner en marcha medidas concretas y efectivas para procurar el empleo de uno de los colectivos más golpeados por el desempleo y por una muy baja tasa de empleo [2]. Por ese motivo, una hipotética derogación de su obligatoriedad lanzaría un mensaje que podría ser malinterpretado, como que ya no serían necesarias ni apropiadas las acciones positivas en favor de las personas con discapacidad [3].

Cabe señalar que, la obligación de cumplir con una cuota de reserva fue introducida y es mantenida por muchos países europeos, aunque hay otros que no la mantienen [4]. Allá donde existe, se establecen umbrales de plantilla para su exigibilidad, que oscilan entre las 15 y las 50 personas en plantilla [5]. Hay una disparidad evidente entre unos países y otros, lo cual nos hace preguntarnos de si imponerla en el contexto de las pequeñas empresas constituye una carga excesiva para ellas o si, por motivo de su tamaño, deben quedar exentas de toda colaboración más o menos preceptiva en la integración laboral de las personas con discapacidad. La respuesta, seguramente, debería encontrarse en un punto intermedio [6].

2. LA OBLIGACIÓN DE RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La cuota de reserva está regulada en el art. 42.1 de la LGDPD [7] que dispone que: “Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa”. Esta medida, como se ha indicado, se aplica tanto a las empresas privadas como a las entidades públicas, pero cuando se trata de acceso al empleo público, a través de las ofertas de empleo público, el art. 59.1 del TREBEP [8] dispone que: “se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad” y que “la reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual”.

De cualquier forma, cabe señalar que, en la práctica, no siempre se cumple con esta previsión legal [9]. Prueba de ello es la existencia de expedientes sancionadores de la Administración Laboral, iniciados por la Inspección de Trabajo, frente a empresas que se muestran reacias a aplicar esta exigencia normativa [10]. Muchas empresas evitan la contratación de personas con discapacidad por desconfiar de su aptitud y desconocer realmente el potencial laboral de este colectivo. También por temor a una ralentización de la producción por su presumible menor rendimiento, y a un mayor índice de absentismo por razón de su discapacidad [11].

Además, la previsión normativa del art. 42 de la LGPCD plantea algunos interrogantes. De hecho, la Inspección de Trabajo aprobó un Criterio Técnico 98/2016, de 24 de junio, sobre actuaciones en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, que trata de disipar las dudas interpretativas de este [12]:

- Respecto al cómputo de la cuota de reserva en grupos empresariales: el art. 42.2 de la LGDPD no alude a los grupos de empresas, sino exclusivamente a “empresas públicas y privadas”, indicando que el cálculo de la plantilla para aplicar la cuota del 2% debe realizarse de forma individual por cada empresa, sin importar si estas

forman parte de un grupo. El Criterio Técnico 98/2016 corrobora este enfoque, argumentando que ello favorece una integración laboral directa en cada entidad, evitando la distribución arbitraria de la inclusión de personas con discapacidad entre las empresas del grupo.

- Sobre el método de cálculo de la plantilla: de acuerdo con el artículo 42.1 de la LGDPD, el cómputo de trabajadores debe considerar cualquier forma de contrato laboral. Esto incluye tanto contratos indefinidos como temporales y abarca jornadas completas o parciales. Sin embargo, las personas trabajadoras cedidas por empresas de trabajo temporal no se incluyen en este cómputo al no estar contratadas directamente por la empresa usuaria.
- Determinación del umbral de 50 trabajadores: La disposición adicional primera del RD 364/2005 establece que se debe considerar el promedio de personas trabajadoras durante los últimos 12 meses en todos los centros de trabajo, dado que las plantillas empresariales suelen presentar fluctuaciones naturales.
- Momento para efectuar el cómputo anual de trabajadores: la norma especifica que el cómputo debe basarse en “los doce meses anteriores”, sin definir un inicio específico para este periodo. Según el Criterio Técnico 98/2016, esta es una obligación continua que requiere actualización regular, especialmente tras cambios significativos en la plantilla.
- Aplicación del porcentaje del 2% en presencia de decimales: según el Criterio Técnico 98/2016, cuando el cálculo resulta en decimales, estos deben ignorarse, aplicando la cuota de forma escalonada por cada 50 trabajadores, de modo que se cumpla con la inclusión laboral de personas con discapacidad de manera proporcional al tamaño de la empresa.
- Acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva con trabajadores de ETT: El artículo 42.1 de la LGDPD y el Criterio Técnico 98/2016 establecen que las personas trabajadoras con discapacidad contratadas a través de empresas de trabajo temporal son computables tanto para la ETT como para la empresa usuaria, a fin de verificar el cumplimiento de la cuota legal.

Por último, cabe indicar que el propio art. 42.1 LGDPD prevé una excepción a la obligatoriedad de dicha reserva: las medidas alternativas [13].

3. LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS COMO MECANISMO EXCEPCIONAL DE SUSTITUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Disposición Adicional 39ª de la Ley 66/1997, reguló la posibilidad de aplicar medidas alternativas a las empresas obligadas a la reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad cuando la empresa tuviera dificultades para cumplir con dicha obligación.

En este sentido, la regulación, que permanece intacta aun en nuestros días, permite a las empresas públicas y privadas, sujetos de la obligación de reserva de puestos de trabajo, quedar exentas de la misma; ya sea de forma total o parcial, a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, o por decisión voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, siempre que, en ambos casos, la empresa aplique las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente. Cabe destacar que, a pesar de la redacción del artículo, que se refiere a las medidas alternativas como exenciones a la obligación de reserva de puesto de trabajo, no es propiamente una exención, pues no se trata de liberalizar una obligación, sino que la obligación persiste, pero se satisface, se cumple, de una forma alternativa o sustitutoria [14].

Si bien puede parecer que las medidas alternativas legitiman el incumplimiento de estas cuotas y el abandono del objetivo de inclusión laboral de la persona con discapacidad en el medio ordinario de trabajo, la razón de las organizaciones representativas de este colectivo para incluirlas fue la gran dificultad práctica de su inserción y de la efectiva aplicación del sistema de cuotas, por lo que, como un mal menor respecto al desempleo del trabajador con discapacidad, se prefirió regular estas medidas alternativas [15]. A la práctica, pero, se han convertido en objeto de crítica, pues se han convertido en la vía general de cumplimiento de la obligación de reserva [16].

4. LAS SITUACIONES EXCEPCIONALES QUE CONLLEVAN LA EXENCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO

Aunque la única condición que el art. 42.1 del LGDPD dispone, para la exención de la obligación de la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, es aplicar las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente, el RD 364/2005 exige, además, un requisito de excepcionalidad como consecuencia de la expresión legal “de manera excepcional” con la que se introduce la regulación de las medidas alternativas [17].

El RD 364/2005, únicamente permite, en su art. 1.2, aplicar las medidas alternativas en dos situaciones excepcionales. La primera de ellas consiste en la imposibilidad de los servicios públicos de empleo competentes o de las agencias de colocación para incorporar un trabajador con discapacidad que cumpla con los requisitos de la oferta de empleo a la empresa obligada a la cuota. Por lo tanto, bien podría ser que la imposibilidad de encontrar un perfil adecuado sea por inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación, o, aun existiendo, acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta.

Por lo tanto, la forma de iniciar esta primera situación es que la empresa presente, ante cualquier oficina de empleo o agencia de colocación legalmente constituida, una oferta de empleo para personas con discapacidad. Para ello, la empresa debe tener una verdadera intención de contratar a personas con discapacidad, así como, las ofertas que presente

deben ser reales, de modo que bien puede tratarse de puestos de nueva creación o que hayan quedado vacantes, en cuyo caso no se pueden exigir requisitos que no se exigían a la persona que ocupaba el puesto con anterioridad o que la empresa no disponga de vacantes que ofrezca con carácter general y cuyo acceso para personas sin discapacidad es más sencillo que el acceso a la oferta de puestos de trabajo para personas con discapacidad [18]. De no cumplir estos requisitos, la oferta sería catalogada de ficticia y, por consiguiente, llevaría aparejada una infracción muy grave del art. 16.1.c de la LISOS [19] por establecer condiciones que constituyen discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de discapacidad. No obstante, no se acabó incluyendo en la redacción, como se había solicitado, la mera inexistencia de vacantes o de planes de creación de nuevos puestos de trabajo [20].

El segundo de los supuestos que da lugar a la situación de excepcionalidad se produce cuando hay una especial dificultad en la empresa obligada a la cuota de reserva para incorporar a personas con discapacidad en su plantilla, siempre que esta especial dificultad esté justificada por motivos de carácter productivo, organizativo, técnico o económico. Por lo tanto, se trata de una vía causal de obtención de la declaración de excepcionalidad, cuya petición deberá ser previa a la adopción de las medidas alternativas; será el Servicio Público de Empleo competente el que resolverá sobre la concurrencia de las causas alegadas en la solicitud de la declaración de excepcionalidad y, junto a ella, determinar las medidas alternativas que solicita que se le apliquen [21]. La Administración dispone de dos meses desde la fecha de presentación de la solicitud de declaración de excepcionalidad para resolverla. Transcurrido este plazo y a falta de resolución expresa, se entenderá que esta es positiva, es decir, se afirmará de facto la situación de excepcionalidad y las medidas propuestas. No obstante, cabe señalar que el silencio positivo es la afirmación presunta de esa situación, por lo que no equivale a la automática validación de las medidas aplicadas [22]. Como se ha destacado, el problema de la medida es que la Administración no resuelve, y ello genera una vía de escape a la contratación de personas con discapacidad que resta eficacia a la cuota de reserva [23], pues se traduce en que una obligación subsidiaria acabe pasando por encima de la obligación principal [24].

5. CONCLUSIONES

La regulación actual de la cuota de reserva debe modificarse para adaptarla, tanto en el porcentaje de la cuota, como en la dimensión de las empresas obligadas, a la realidad del tejido empresarial español, caracterizado por pequeñas y medianas empresas. No obstante, no se han de incrementar las cargas que deben asumir estas empresas, si no que, se deben concretar auxilios económicos.

Al mismo tiempo, es necesario modificar la LISOS para reforzar el carácter disuasorio de esta norma ante los incumplimientos de la cuota de reserva, por ejemplo, no permitiendo que las empresas que hayan cometido este tipo de infracción disfruten de subvenciones. Por ende, se debe establecer un incentivo por buenas prácticas para las empresas que mejoren los preceptos de la norma.

La cuota de reserva se puede obviar ante dos situaciones: la primera de ellas la imposibilidad de encontrar una persona con discapacidad que se ajuste a la oferta de trabajo ofertada, en este caso se puede dar que no exista tal oferta de trabajo, que sea una oferta ficticia. La segunda es de naturaleza causal, ya sea técnica, económica, productiva u organizativa, así como su justificación; aunque sea más sencillo para la empresa acudir a la primera de las posibilidades, tampoco sería complicado recurrir a la segunda, ya que, lo más habitual es conseguir una resolución estimatoria presunta que autoriza la excepcionalidad durante una extensión temporal de 3 anualidades, teniendo el silencio carácter positivo.

En todo caso, la inobservancia en el cumplimiento de la cuota de reserva supone la obligación de cumplir alguna de las siguientes medidas alternativas [25]:

- Constitución de un enclave laboral, lo cual resulta llamativo, puesto que, los enclaves implican la prestación de servicios en empresas ordinarias que han incumplido la obligación, pero, contratan a personas provenientes de CEE.
- Realización de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo o una persona trabajadora autónoma con discapacidad para el suministro de bienes necesarios o para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa en el normal desarrollo de esta, por un determinado importe anual.
- Realización de donaciones y acciones de patrocinio de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y creación de empleo de las personas con discapacidad, en favor de fundaciones o asociaciones de utilidad pública que tengan aquellas actividades como objeto social.

La aplicación de dichas exenciones no constituye más que un subterfugio destinado a encubrir el incumplimiento de las cuotas obligatorias. En definitiva, estas medidas no alcanzan el objetivo pretendido de incentivar la contratación de personas con discapacidad por parte de las empresas ordinarias. En consecuencia, es recomendable proceder a la supresión de tales exenciones. Como propuesta de reforma transitoria de menor alcance antes de la supresión definitiva, ya esbozada por el CES, procede sustituir las medidas alternativas por la creación de un Fondo Especial para el Empleo de las Personas con Discapacidad nutrido de las prestaciones económicas que realicen las empresas que opten por no cumplir con el cupo de reserva legal, destinado a subvencionar contrataciones para este colectivo [26].

En cuanto a la obligación de reserva en el empleo público, cabe señalar, que esta reserva no implica una garantía de ingreso efectivo, pues se han de superar los procesos selectivos, acreditar la discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas [27]. Además, aunque es un requisito que las plazas reservadas se especifiquen con claridad en la oferta pública de empleo correspondiente y en cada convocatoria, no se establece por norma jurídica la obligación de distribuir de manera equitativa la cuota entre los distintos cuerpos, escalas y categorías, ni tampoco en relación con cada ocupación específica, bastando con la formulación general de la cuota. Por consiguiente, sería

aconsejable rectificar esta práctica y, simultáneamente, reconocer que, en los casos de participación en un proceso selectivo ordinario sin cuota de reserva, las personas con discapacidad deberían gozar de un derecho preferente en situaciones de empate en la puntuación [28].

REFERENCIAS

- [1] CABEZA PEREIRO, J.: “Los derechos de las personas con discapacidad: el derecho a un trabajo digno” *Libro Blanco sobre empleo y discapacidad*, Real Patronato sobre Discapacidad, 2023, pág. 278.
- [2] Según los datos del INE en 2022: el 35,3% de las personas de 16 a 64 años con discapacidad eran activos, 0,7 puntos más que en 2021 (42,7 puntos inferior a la de la población sin discapacidad). La tasa de empleo fue del 27,8% (del 68,1% para las personas sin discapacidad), con un aumento de 0,9 puntos respecto a 2021. La tasa de paro fue del 21,4%. Esta tasa, 1,1 puntos menor que la de 2021, (era 8,6 puntos superior a la de la población sin discapacidad).
- [3] CABEZA PEREIRO, J.: “Los derechos de las personas con discapacidad: el derecho a un trabajo digno”, op. cit., pág. 279.
- [4] En concreto no la mantienen: Dinamarca, Estonia, Finlandia, Islandia, Letonia, los Países Bajos, Noruega, Suecia y el Reino Unido.
- [5] Por consiguiente, España se posiciona en el umbral de menor exigencia a las empresas.
- [6] CABEZA PEREIRO, J.: “Los derechos de las personas con discapacidad: el derecho a un trabajo digno”, op. cit., pág. 280.
- [7] Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE núm. 289, 03/12/13).
- [8] Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 261, 31/10/2015).
- [9] LAMARCA, I.: “El papel de la sociedad en la integración de las personas con enfermedad mental”, *Norte de Salud Mental*, núm. 34, 2009, pág. 36; GIL Y GIL, J.L.: “Protección jurídico-laboral de las personas con discapacidad”, *Anuario Facultad de la Universidad de Alcalá*, V, 2012, pág. 32.
- [10] En 2022 fueron 3414 las actuaciones referidas a la integración laboral de personas con discapacidad, según el Informe de Actividad realizada por la ITSS en España en 2022, en órdenes de servicio.
- [11] CASTRO MEDINA, R.: “Discapacidad, género e inclusión laboral. Incentivos sociolaborales para el autoempleo y el emprendimiento en Andalucía”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 4, 2022, pág. 229; OCAÑA MALO, M.A.: “Discriminación salarial y discapacidad: de los datos a la política de empleo”, *Inclusión socio-laboral y envejecimiento en las personas con discapacidad intelectual*. La Coruña: Instituto Gallego de Iniciativas Sociales y Sanitarias, 2003, pág. 340.
- [12] POQUET CATALÀ, R.: “Medidas para la inserción laboral de las mujeres con discapacidad”. *La discapacidad intelectual en el ámbito laboral. Hacia la accesibilidad Universal*, Laborum, Murcia, 2023, págs. 240-241.

[13] Para RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2000, pág. 54, la introducción de estas medidas supone un abandono del objetivo principal de la cuota de reserva, que es el fomento del empleo ordinario, amparado por el considerable grado de incumplimiento de la norma.

[14] 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*, nº 195, 2017, pág. 14.

[15] RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía”, op. cit., pág. 52.

[16] ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Reserva d’ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives al seu compliment”, Ponencia 11 de octubre de 2007: Les mesures alternatives a la contractació, pág. 13.

[17] PÉREZ PÉREZ, J.: Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva, op. cit., pág. 426, insinúa que ha habido un uso excesivo de la potestad reglamentaria.

[18] PÉREZ PÉREZ, J.: Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva, op. cit., págs. 429-430.

[19] Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE núm. 189, 08/08/2000).

[20] RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía”, op. cit., pág. 56.

[21] Artículos 1.3 y 3 del RD 364/2005.

[22] PÉREZ PÉREZ, J.: Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva, op. cit., pág. 428, añadiendo, ibid., pág. 469, que puede incluso suscitar dudas sobre la aplicación del derecho sancionador cuando las medidas alternativas no sean ajustadas a derecho.

[23] GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “El complemento por discapacidad y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en la negociación colectiva de los últimos años (2012-2014)”, *Temas Laborales*, nº 131, 2015, pág. 169, reconoce que esta facilidad de obtener el reconocimiento a la situación de excepcionalidad ha estandarizado el incumplimiento de la cuota, lo que ha generado los consiguientes efectos de la progresiva desaparición de las personas con discapacidad en el empleo ordinario y el incremento de su contratación en Centros Especiales de Empleo.

[24] ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Reserva d’ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives al seu compliment”, op. cit., pág 18, expone que esta dejadez de la Administración en el cumplimiento de su obligación de resolver las solicitudes planteadas lleva implícita un menosprecio injustificable a la legalidad y al principio de preferencia para la ocupación normalizada, lo que acaba suponiendo una invitación a las grandes empresas a incumplir dicha obligación a cambio del cumplimiento de la obligación de aplicar las medidas alternativas.

[25] Art. 2 RD 364/2005.

[26] RODRÍGUEZ ESCANCIANO S.: “El mercado de trabajo de las personas con discapacidad”, *Libro Blanco sobre empleo y discapacidad*, Real Patronato de la discapacidad, 2023, pág. 505.

[27] Art. 59 TREBEP.

[28] RODRÍGUEZ ESCANCIANO S.: “El mercado de trabajo de las personas con discapacidad”, op. cit., pág. 506.