

**BORJA VALENZUELA COSSÍO**  
**MILAGROS TARANCO SEGOVIA**

*Estudiantes de Licenciatura en Derecho*

---

## ***Sumario:***

---

- I. Introducción.
- II. La actividad de las organizaciones internacionales.
- III. Encuadre constitucional y legislativo.
  - 1. Derecho a la integración y derecho al trabajo.
  - 2. Principio de igualdad material.

3. Garantía de los derechos al trabajo y al pleno empleo.
4. Garantía de los principios del artículo 49 de la Constitución Española.

#### IV. El empleo de los minusválidos.

#### V. Cuota de reserva.

1. Razones políticas en favor de la cuota de reserva.
  - 1.1. Igualdad.
  - 1.2. Solidaridad.
2. Instrumentos jurídicos en su resolución.
  - 2.1. Análisis de la situación actual.
  - 2.2. Niveles de incumplimiento.
  - 2.3. La cuota al empleo de los minusválidos en algunos países de la Unión Europea.
  - 2.4. Propuestas de reforma en torno a la cuota.
  - 2.5. Legitimidad dada por el Tribunal Constitucional sobre la reserva de empleo a favor de minusválidos.

#### VI. Conclusiones.

#### Bibliografía.

«Dichosa edad y siglos dichosos aquellos a quienes los antiguos pusieron el nombre de dorados, y no porque en ellos el oro, que en nuestra edad de hierro tanto se estima, se alcanzase en aquella venturosa sin fatiga alguna, sino porque entonces los que en ella vivían ignoraban estas dos palabras de "tuyo" y "mío". Eran en aquella Santa edad todas las cosas comunes; a nadie le era necesario para alcanzar su ordinario sustento tomar otro trabajo que alzar la mano y alcanzarle de las robustas encinas, que literalmente les estaban convidando con su dulce y sazonado fruto. Las claras fuentes y corrientes ríos en magnífica abundancia, sabrosas y transparentes aguas les ofrecían.»

Don Quijote, 1.<sup>a</sup> Parte, Capítulo XI

## I. INTRODUCCIÓN

El mundo de la normativa y de los programas de acción en relación con el mundo de las minusválidas es normalmente desconocido. Hay actualmente 16 normas que fomentan la inserción laboral de minusválidos y discapacitados. Todas son medidas de discriminación positiva con un objetivo claro: que es que se den las condiciones imprescindibles para colocar en situación de igualdad de oportunidades a quienes sufren una discapacidad, y por ello, dificultades añadidas para ser seleccionados ante las oportunidades de empleo.

Éste es un tema en el que los factores políticos, sociales y económicos que determinan la problemática general de las minusválidas no se le escapan a ningún observador por miope o ingenuo que sea. En efecto, es imposible abordar la problemática laboral de los minusválidos sin hacer referencia al sistema de producción y a la situación concreta del mercado laboral en un momento determi-

nado. A la buena voluntad más manifiesta le es imposible ignorar que las declaraciones de principios, las necesidades de grupos o individuos, pueden entrar en conflicto con las necesidades propias del sistema, o que el empleo de un trabajador depende de la productividad marginal, concepto económico en cuya configuración no es determinante ni mucho menos la capacidad laboral del sujeto en cuestión. Todo el mundo tiene conciencia de que el trabajo es un bien escaso en nuestra sociedad y que el sistema económico posee su propio sentido de la racionalidad.

Ante las crecientes tasas de desempleo de los «válidos» parecen proliferar las actitudes más resignadas o más comprensivas ante la incapacidad del sistema de dar empleo a los minusválidos; se podría suponer, que la defensa de los derechos laborales de los minusválidos, sin perder partidarios, ha perdido cierta firmeza en su argumentación.

El principal problema en esta cuestión estriba en determinar si es posible ser sujeto de derechos quedando al margen del proceso de producción. Afirmamos que tal cosa no es posible en nuestro contexto sociocultural y que, muy al contrario, la subnormalización de muchos sujetos se basa principalmente en esa imposibilidad participativa. No hablamos de otra cosa que la alternativa entre «trabajo o asistencia». El verdadero debate hay que situarlo en las posibilidades reales que existen de acceder al mercado de trabajo.

Las posibles alternativas sociales, a las que el legislador ha de responder, ante el problema laboral de los minusválidos se enumeran así:

- Que el público olvide el problema.
- Que se promocionen diversos beneficios sociales, y
- Que se tomen medidas para crear oportunidades de trabajo que compensen la incapacidad para competir en oportunidades normales de empleo.

Generalmente se opta por soluciones combinadas en las que no puede decirse que el olvido sea total, ni suficientes los beneficios sociales, ni suficientes las medidas facilitadoras de empleo o las retribuciones consiguientes a su ejercicio. El ejemplo más evidente al respecto lo encontramos sin duda en la reserva obligada de un mínimo número de puestos de trabajo cuya inaplicación -y la naturalidad con que se acepta- sólo se entiende asumiendo que las más de las veces, las leyes que se aprueban en estos dominios son de las llamadas leyes manifiesto por la doctrina italiana. Su característica más expresiva es ser una simple proclama política, incorporada a los programas por necesidades electorales, ejecutada para satisfacer normativamente dichos programas, pero que no responde a una voluntad efectiva de hacer, ni a una evaluación seria de las necesidades, ni a una preparación eficiente de los medios precisos para atenderlas. Son, en fin, leyes proclama, aprobadas sin ninguna intención de ejecutarlas. De manera que una vez cubierto el período de elaboración, que posiblemente se rellene de encendidos debates contra la marginación de los disminuidos, la ley, su contenido y la voluntad de aplicarla se disuelve entre otras preocupaciones ordinarias de más bri-

llante ejecutoria, y se olvida hasta por sus propios mentores.

Así, en el capítulo de la integración social de los minusválidos mediante su incorporación en condiciones de igualdad al mercado de trabajo, existe una legislación y unos programas que reflejan propósitos meramente excelentes y que si fueran aplicados con el entusiasmo debido, permitirían hacer efectivos algunos de sus más reiterados propósitos. Un derecho este que aparece repetido en todas las formulaciones posibles, empezando por la propia Declaración de las Naciones Unidas de los derechos de las personas minusválidas de 1975, artículo 7: «el minusválido tiene derecho a la seguridad económica y social y a un nivel de vida decente. Tiene derecho, según sus posibilidades, a obtener y conservar un empleo o ejercer una ocupación útil, productiva y remunerada y formar parte de organizaciones sindicales». Tal cosa se ha de conseguir difundiendo el conocimiento de las medidas normativas y no normativas que los poderes públicos nacionales e internacionales han puesto en marcha para atender a los problemas de las minusválidas.

La contradicción o la distancia entre los grandes principios y la realidad de hecho no se debe tanto a la difícil aplicabilidad de dichos principios como a la general falta de convicción, es decir, a la contradicción existente a nivel de principios precisamente. El caso es que en la mayoría de los países las medidas promulgadas han obedecido a exigencias formales o políticas, y así parece asumirlo todo el mundo ya que de otra forma no se explica el poco rigor en la aplicación de tales medidas y las escasas protestas que suscita el hecho.

En definitiva, el tema está rodeado por un halo de escepticismo, basado en la falta de convicción real de que se pueda ofrecer un empleo dignamente retribuido a los minusválidos, mientras que por otra parte las Administraciones en general tienen dificultades para poner en marcha medidas, denominémosles pragmáticas, para tratar de ordenar y superar la presente realidad. Una mirada a la historia de las medidas para la integración laboral de los minusválidos no ayuda ciertamente a superar el escepticismo.

Hacemos aquí un inciso para decir que creemos que se comprendería mejor la temática actual del minusválido al tener una visión, aunque parcial, sobre las actitudes de las distintas sociedades anteriores hacia este grupo. En las sociedades primitivas la práctica del infanticidio contra los ciegos era provocada por motivos místicos o económicos: se consideraba al ciego como poseído o un reprobado, castigado por un pecado cometido por él mismo o por su ascendencia. También había algunas tribus que abandonaba a sus miembros lisiados incapaces de sobrevivir por sí solos. Era habitual el infanticidio como método para evitar la transmisión de taras hereditarias. Platón, en la República, recomienda el recurso a la misma práctica, pero no solamente con los ciegos, sino con cualquier persona que padezca cualquier anomalía física o psíquica, con el propósito de preservar a la sociedad ideal de cualquier «impureza».

El surgimiento de las grandes religiones que hoy conocemos empiezan a amortiguar el trato hacia estos colectivos, La Biblia y los fundamentos islámicos revisten un llamamiento a la tolerancia, a la beneficencia y benevolencia hacia los marginados. Uno de los primeros hospicios creados para los

pobres, enfermos y minusválidos fue en Damasco en el año 706; en la Córdoba de Abderrahman III había cincuenta hospitales-hospicios. En Europa, en la Edad Media, se crearon varias instituciones de caridad, la Corte de los Milagros era una de ellas; en el siglo XVII el Abad L'Epée educará a los sordos; en 1784 y en París, se abre la Institución Nacional para Jóvenes Ciegos, a las que le seguirán las de Liverpool (1791), Viena (1805) y Berlín (1806).

Sólo a finales del siglo XIX la condición social del minusválido es cuando empieza a adoptar la forma que hoy conocemos. Los procesos de industrialización pudieron transformar las profesiones y la economía, el empleo de los minusválidos se presenta bajo un aspecto nuevo. La noción de disminución cuantificable de la capacidad de trabajo se cristaliza en leyes para reparar el daño causado por los accidentes de trabajo (Francia, 1898), una de las primeras leyes que aseguraban la protección social de los trabajadores.

Como es bien sabido, las medidas legales económicas y sociales en favor de la promoción del empleo de los minusválidos nacen tras la Primera Guerra Mundial, con la necesidad de ofrecer un empleo y un nivel de vida digno a una categoría muy especial de minusválido: el mutilado de guerra. Los otros minusválidos son asimilados paulatinamente como beneficiarios de las mismas o similares medidas de promoción laboral y, so pena de incurrir en agravios comparativos formulando cláusulas de exclusión, las medidas favorecen asimismo a los deficientes mentales.

No podemos dejar de hacer referencia como antecedente en la equiparación de oportunidades al movimiento que se produce durante los años 70, y en ciertos países de capitalismo avanzado (como los escandinavos, el Canadá o los EE.UU.), que bajo el lema de la *independent living*, así como por su organización de la *Disabled People International* (DPI), propusieron y consiguieron que el Año Internacional de los Disminuidos Psíquicos, Físicos y Sensoriales, que fue en 1981, tuviera como divisa: «Igualdad y Participación Plenas».

Por último, hemos de advertir sobre la terminología utilizada en este estudio, donde vamos a hablar indistintamente de minusválidos y discapacitados, pues creemos que aun siendo técnicamente cosas distintas, es habitual usar ambos términos refiriéndose a una misma situación. En fin, podemos definir la minusvalía como toda situación desventajosa para un individuo, a consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol normal en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales concurrentes; el concepto de minusvalía se refiere a las consecuencias permanentes de las enfermedades y accidentes a nivel social.

## II. LA ACTIVIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Vamos a dedicar parte de esta exposición a realizar una somera referencia a la actividad desarrollada por las organizaciones internacionales. No cabe duda de que el pilar de los textos internacionales lo constituye la Declaración de Derechos de los Minusválidos, aprobada por la Resolución 3347 de Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1975. De estas organizaciones no cabe

duda de que, por ser precisamente la especializada en cuestiones de empleo, ha de otorgarse una especial atención a los textos emanados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

A lo largo de su historia, la OIT se ha venido ocupando de los problemas relativos al empleo de los trabajadores minusválidos. Y resulta curioso recordar, como dato anecdótico, que la primera referencia que aparece en un texto de la OIT en relación con la rehabilitación profesional fue como consecuencia directa de una enmienda presentada conjuntamente por las Delegaciones española y francesa al texto de la Recomendación núm. 22 sobre importe mínimo de las indemnizaciones por accidente de trabajo, adoptada en el año 1925.

Los textos principales sobre empleo de trabajadores minusválidos están constituidos por la Recomendación núm. 99, sobre adaptación y readaptación profesionales, adoptada en el año 1955, y en el Convenio núm. 159, y la Recomendación núm. 168, sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas, del año 1983.

En materia específica de empleo en el medio ordinario de trabajo, la Recomendación núm. 99 se refiere, entre otras cuestiones, a:

- La necesidad de adoptar medidas, en estrecha colaboración con las organizaciones de empleadores y trabajadores, para aumentar al máximo las oportunidades de empleo de los trabajadores minusválidos, debiendo hacerse hincapié en las aptitudes y en la capacidad para el trabajo de los interesados y no en su invalidez. Entre dichas medidas deberían figurar investigaciones para demostrar la capacidad de trabajo de las personas minusválidas; publicidad sobre producción, rendimiento, índice de accidentes, absentismo y estabilidad en el empleo en comparación con personas no minusválidas que efectúen análogo trabajo; métodos de selección de personal basados en los requisitos específicos del empleo y métodos para mejorar las condiciones de trabajo, incluidas las adaptaciones y modificaciones de herramientas y equipo; medios para evitar que los empleadores deban asumir mayores obligaciones en relación a las primas de seguro por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; y medios para estimular el traslado de los trabajadores de capacidad disminuida a empleos adecuados dentro de sus empresas.
- El fomento de empleo mediante medidas tales como: la contratación por los empleadores de una cierta proporción de personas minusválidas; la reserva de determinados empleos; la preferencia en ciertas profesiones para las personas afectadas de una minusvalía grave; y el estímulo para la creación y la concesión de facilidades para la gestión de cooperativas.

La Recomendación núm. 168 de 1983, recoge, en síntesis, los siguientes aspectos:

- Reitera que la finalidad de la readaptación profesional es la de posibilitar la obtención de un empleo adecuado y la progresión en el mismo, como medio para promover la integración social.
- Proclama la necesidad de lograr la igualdad de oportunidades y de trato en cuanto al acceso, la conservación y la promoción en el empleo, enfatizando que las medidas positivas especiales destinadas a lograr dicha igualdad no deben considerarse discriminatorias respecto de los demás trabajadores.
- Añade diversas medidas a las ya recogidas en la Recomendación núm. 99, destinadas a la promoción de oportunidades de empleo, como son: incentivos económicos para alentar a los empleadores a proporcionar formación y empleo subsiguiente y a adaptar los lugares de trabajo, la estructuración de las tareas, las herramientas, la maquinaria y la organización del trabajo; fomento del establecimiento y desarrollo de cooperativas, eventualmente abiertas a los trabajadores en general; ayudas públicas para la promoción y desarrollo de pequeñas empresas y talleres de producción; eliminación gradual de las barreras y obstáculos de orden físico y arquitectónico, o relativos a la comunicación, que afectan al transporte, al acceso y al libre movimiento en los locales de formación y empleo; fomento de medios de transporte adecuados para acudir al lugar de trabajo; difusión de información sobre ejemplos de casos efectivos de integración laboral con éxito; exención impositiva sobre los aparatos auxiliares e instrumentos que se precisen para obtener y conservar el empleo; establecimiento de empleos a tiempo parcial para los supuestos en que, temporal o definitivamente, no puede ocuparse un empleo a tiempo completo; y ayuda pública para facilitar la transición del empleo protegido al empleo ordinario.
- Se refiere a la conveniencia de adoptar medidas de apoyo especiales, incluido el suministro de aparatos auxiliares y de servicios personales permanentes, a fin de posibilitar la obtención o conservación de un empleo adecuado y la progresión profesional.
- Hace especial hincapié en la situación de las zonas rurales, citando, entre otras medidas, la concesión de préstamos y subvenciones para ayudar al establecimiento y administración de cooperativas o al desarrollo del trabajo por cuenta propia en pequeñas industrias familiares o en actividades agrícolas, artesanales y otras, así como la necesidad de facilitar el acceso a viviendas situadas a distancia razonable del lugar del trabajo.
- Dedicar, por último, apartados específicos a la participación de la colectividad, a la contribución de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y a la contribución de las personas minusválidas y sus organizaciones.

El Convenio núm. 159 es de corta extensión y contenido obligacional limitado, al ser de alcance meramente programático la mayoría de las declaraciones que contiene. De su escueto resultado, resaltamos lo siguiente:

- Obligación de adoptar las medidas necesarias para formular, aplicar y revisar periódicamente la política sobre readaptación profesional y empleo, que estará destinada a asegurar la existencia de medidas adecuadas de readaptación profesional y a promover oportunidades de colocación en el mercado regular de empleo y se basará en los principios de igualdad de oportunidades entre los trabajadores minusválidos y los trabajadores en general, y entre los trabajadores minusválidos de ambos sexos y sin que las medidas positivas especiales dirigidas a lograr la igualdad efectiva puedan ser consideradas discriminatorias respecto del resto de los trabajadores.
- Para la aplicación de esta política se deberá consultar a las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, así como a las organizaciones representativas constituidas por personas minusválidas o que se ocupen de estas personas.
- Finaliza el Convenio haciendo referencia a: la obligación de adoptar medidas para proporcionar servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo y otros afines, para lo cual se utilizarán, siempre que sea posible y adecuado, los servicios generales, con las adaptaciones necesarias; la adopción de medidas para la promoción y el desarrollo de servicios de readaptación profesional y de empleo en las zonas rurales y en las comunidades apartadas; y el compromiso de realizar un esfuerzo en la formación y disponibilidad de personal cualificado.

De otra parte, en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, aprobadas por Naciones Unidas, por Resolución 48/96 de la Asamblea General, en fecha 20 de diciembre de 1993, se hace referencia al apoyo activo, por parte de los Estados, a la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, a través de diversas medidas como: la capacitación profesional, los planes de cuotas basadas en incentivos, el empleo reservado, los préstamos o subvenciones para pequeñas empresas, los contratos de exclusividad o los derechos de producción prioritarios, las exenciones fiscales y la asistencia técnica y financiera. En este sentido, los programas de medidas deberían incluir las destinadas al diseño y adaptación de los lugares de trabajo, a la utilización de nuevas tecnologías, al desarrollo y producción de instrumentos y equipos auxiliares y a la prestación de servicios de formación y colocación, así como de apoyo, como son la asistencia personal y los servicios de interpretación.

Pero quizá la organización internacional que más ampliamente se ha ocupado de los problemas de las personas minusválidas haya sido el Consejo de Europa. Ello ha tenido su reflejo en la Carta Social Europea, en donde, además de mencionar a estas personas al referirse, con carácter general, al derecho a la orientación y a la formación profesionales, proclama específicamente su derecho a la readaptación profesional y social, para lo cual los Estados firmantes se comprometen a adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación.

Las actividades del Consejo de Europa en este campo se han llevado a cabo, de modo primordial, a través de los trabajos desarrollados en el marco del Acuerdo Parcial en el Campo Social y de Salud Pública y, más concretamente, por medio del Comité para la Readaptación y el Empleo de las Personas Minusválidas, dando lugar a la adopción de numerosas Resoluciones a partir del año 1950.

Estas Resoluciones fueron sustituidas por la Resolución AP(84)3, de 17 de septiembre de 1984, que dedicó uno de sus apartados al empleo, señalando, entre otros aspectos, la necesidad de adoptar medidas para estimular la integración en el medio económico ordinario y los medios para lograr tal finalidad, tanto en el plano colectivo (obligación de empleo, reserva de empleos e incentivos al empleo) como en el plano individual (contribución financiera durante el período de adaptación al empleo; adaptación del puesto de trabajo; instrumentos especiales e indumentaria laboral especial o adaptada; medidas de control de la falta de rendimiento y de reducción proporcional del salario, compensada, en su caso, mediante una intervención temporal de la Administración, y otras intervenciones de la Administración destinadas a compensar los gastos excepcionales originados por la minusvalía).

La revisión de esta Resolución dio lugar a la aprobación de la Recomendación (92)6, de 9 de abril de 1992, que, además de reiterar las medidas que acaban de citarse, añade, dentro de las medidas colectivas, el apoyo a la creación de nuevos empleos, así como, entre las medidas individuales, la obtención de la mayor cualificación profesional posible y del trabajo que mejor se adapte a las aptitudes y deseos de la persona con discapacidad. De otro lado, la Recomendación se refiere, entre otros extremos, a la adopción de medidas para incitar a las empresas a la creación de empleos para personas con discapacidad y a la estimulación de la inserción de estos trabajadores, a través de la accesibilidad al lugar de trabajo y a la adaptación a las tareas y los puestos, de los horarios y de los instrumentos o del equipamiento. Por último, se alude a las medidas de apoyo de estímulo, de formación, de preparación y de seguimiento para la ocupación de un empleo en el medio ordinario de trabajo, que habrían de ser flexibles, diversas e individualizadas, para acomodarse a cada caso particular.

Para concluir, y en lo que a la Unión Europea se refiere, citaremos la Resolución adoptada por el Parlamento Europeo el 11 de marzo de 1981, en la que, entre las numerosas medidas que contiene, recomienda a la Comisión el estudio de un sistema de contingentación de empleos en favor de trabajadores minusválidos, teniendo en cuenta especialmente el sistema aplicado en la República Federal Alemana; la elaboración de directivas para la puesta en vigor de un sistema practicable de cuotas; y la inclusión, en las normas reguladoras de la concesión de las ayudas comunitarias, de una disposición que prevea que el otorgamiento de subvenciones a las empresas estará en función de la política adoptada por el peticionario en materia de empleo de personas minusválidas. Se invita, de otro lado, a los Estados miembros a velar a fin de que las personas con minusvalía no sean explotadas y reciban un salario apropiado, así como a asegurar la integración completa de quienes desarro-

llan un empleo ordinario y a prever subvenciones y ventajas fiscales en favor de las empresas que empleen a trabajadores minusválidos.

La generalización del «sistema de cuota» a todos los Estados miembros de las Comunidades Europeas es asimismo propuesta en el Dictamen del Comité Económico y Social, de 25 de octubre de 1984, sobre los problemas actuales de la Seguridad Social en los países de la CEE.

El más importante instrumento aprobado por las Comunidades Europeas es la Recomendación de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad. Se sugiere en esta Recomendación que los Estados miembros adopten las medidas que sean convenientes para garantizar el trato equitativo de personas minusválidas en materia de formación profesional y de empleo. Se recomienda la prosecución y, en su caso, la intensificación de las políticas en favor de las personas con minusvalía, que deberían prever tanto la eliminación de las discriminaciones negativas, como las acciones positivas en favor de estas personas.

### III. ENCUADRE CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVO

#### 1. Derecho a la integración y derecho al trabajo.

El artículo 49 de nuestra Constitución (de ahora en adelante CE) determina que los poderes públicos habrán de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran, amparándoles especialmente para el disfrute de los derechos que la CE otorga a todos los ciudadanos.

De otra parte, la CE reconoce explícitamente los derechos al trabajo (art. 35.1) y al pleno empleo (art. 40.1), y en ella vincula el derecho al trabajo a todos los poderes públicos, mientras que el derecho al pleno empleo y el derecho a la integración de los minusválidos se configuran como informadores de la legislación positiva y de la actuación de los poderes públicos, con el contenido que veremos algo más abajo.

Hemos de constatar que estos artículos se acogen dentro de la amplia gama de derechos sociales que se conectan muy estrechamente con la caracterización de nuestro Estado como «Estado Social». Es bueno que digamos alguna palabra al respecto que nos ayudará en posteriores argumentaciones. Ya el Preámbulo de la CE, que viene a representar una síntesis de los valores básicos del orden jurídico-político constitucional, delinea los rasgos nucleares de la estructura socioeconómica: acomodar la convivencia dentro de la Constitución a un orden económico y social justo; promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida, y

establecer una sociedad democrática avanzada. Todos sabemos que el Preámbulo es un texto carente de fuerza jurídica de obligar en términos directos, pero esta realidad no puede llevarnos a pensar que su proclamación es una mera fórmula retórica carente de toda trascendencia política y privada de cualquier vinculatoriedad jurídica, ni mucho menos es así, ya que el Preámbulo debe situarse en un lugar muy destacado entre los elementos hermenéuticos de que pueden servirse el Tribunal Constitucional y los jueces y tribunales ordinarios a la hora de la búsqueda de una interpretación auténtica de los preceptos de la Constitución. La definición del Estado como «social» se proyecta hacia el articulado constitucional, de las cuales vamos a contemplar la que aquí nos interesa.

## 2. Principio de igualdad material.

El artículo 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad formal o jurídica, en su doble vertiente de igualdad ante la ley (principio de igualdad de trato) y de la no discriminación («Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»).

Esta añeja visión de la igualdad es complementada por la previsión del artículo 9.º 2, a cuyo tenor: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...». Este precepto desmiente las afirmaciones que dan por realizado lo que aún se halla pendiente de conseguir (la igualdad, la democracia...), lo que hace que esta norma sea más que un mero mandato para el legislador, tiene un sentido totalizador que impulsa y propugna la transformación del conjunto social. El artículo 9.º 2 está expresando un verdadero mandato de hacer, de actuar, dirigido a los poderes públicos a fin de obtener unos determinados resultados sociales, finalidad que en ocasiones exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley. El Tribunal Constitucional ha ratificado esta interpretación al entender que un acto del Poder Legislativo se revela arbitrario cuando engendre desigualdad.

## 3. Garantía de los derechos al trabajo y al pleno empleo.

Existe una íntima conexión entre el derecho al pleno empleo y el derecho al trabajo. La diferencia entre ambos estriba en que aquél tiene una dimensión colectiva mientras que éste es de carácter individual, y visto su encuadre constitucional -Capítulo III el pleno empleo y Sección 2.ª, Capítulo II el derecho al trabajo- parecería así que el derecho individual al trabajo adquiriría un mayor rango que el derecho colectivo al pleno empleo, subordinándose éste a aquél. Pero el Tribunal Constitucional reco-

noce que ante una medida concreta de política de empleo (la jubilación forzosa, en STC de 2-7-1981), la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo, será constitucional siempre que con ella se asegure la finalidad perseguida por la política de empleo, esto es, si se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro.

Si por política de empleo se entiende el conjunto coordinado de decisiones reconducidas a una acción específica que se dirige a paliar los desajustes o desequilibrios que entre oferta y demanda de mano de obra se producen en el mercado de trabajo, lo que implica la adopción de una serie de medidas de ordenación, impulso y fomento, a corto, medio y largo plazo, orientada a alcanzar una permanente y dinámica situación de equilibrio entre ambos componentes. Es claro que lo fundamental es conseguir, a nivel global, una oferta de empleo suficiente para que puedan ser atendidas todas las demandas, incluso las demandas de las personas que, por diversas razones, no están en disposiciones de competir abiertamente, constituyendo las que a veces se denominan capas débiles: minusválidos, trabajadores de edad madura, titulares de familia numerosa, emigrantes retornados, parados de larga duración, jóvenes en búsqueda del primer empleo, etc.

#### **4. Garantía de los principios del artículo 49 de la Constitución Española.**

Aunque técnicamente no puede calificarse de auténtico derecho fundamental, ello no significa que el artículo 49 CE carezca de relevancia; el principio de igualdad material exige que estos derechos no puedan ser convertidos en mera retórica. Los derechos sociales proclamados como principios y acogidos en el Capítulo III tienen un significado jurídico al que se ha referido el artículo 53.3 de la Constitución, a cuyo tenor resulta claro que no estamos en presencia de normas de eficacia inmediata, sino ante principios informadores que cumplen una función orientadora, que marcan un rumbo a seguir, pero que han de canalizarse jurídicamente a través de las leyes que los desarrollan, pues sólo de conformidad con sus previsiones podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria.

Para desarrollar la previsión constitucional, el Parlamento aprobó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (de ahora en adelante LISMI). Esta ley determina que el Estado español habrá de inspirar su legislación en las Declaraciones de Naciones Unidas sobre Derechos de Minusválidos, de 9 de diciembre de 1975, si bien no se trata de una simple inspiración no vinculante sino de una auténtica recepción de la normativa internacional en el Derecho interno español, ya que el tenor legal es inequívoco al utilizar la fórmula «y amoldará a ellas su actuación» el artículo 2 de la LISMI.

Es plausible el hecho mismo de su promulgación y sus propósitos de quebrar la margina-

ción social en la que se encuentran los minusválidos. Todos sus principios generales es un tratamiento condensado de las exigencias que la dignidad de los minusválidos impone a todos, a los poderes públicos y al conjunto de la sociedad. Estos principios parecen conformar un régimen más preciso y eficaz que el trazado por la CE. El legislador ha abordado el asunto con voluntad determinante: el objetivo central de la LISMI es preparar al minusválido para su integración en una sociedad cuya respectiva participación debe ser posterior, cuando el espíritu del artículo 49 CE sería más bien considerar como prioritaria la mentalización social. Ambas actuaciones son necesarias y deben simultanearse. El minusválido no puede inhibirse, si su minusvalía se lo permite, de prepararse para la competitividad que caracteriza nuestra época; la sociedad, por su lado, debe demoler varias barreras, no precisamente arquitectónicas, que mantiene frente a los disminuidos.

Hay que aludir a dos importantes hitos para completar el cuadro normativo: el Estatuto de los Trabajadores y la Ley Básica de Empleo. El Estatuto de los Trabajadores realiza una construcción paralela a la de la Constitución, al establecer en su artículo 4.º 2.c) el derecho de los trabajadores a no ser discriminados en la relación de trabajo, entre otras causas, por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallaren en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate, sin que esta prohibición sea obstáculo para la existencia de reglas especiales para la contratación de minusválidos, ello se infiere del propio Estatuto, que en el artículo 17.3 prevé la posibilidad de establecer discriminaciones positivas, que en el caso de los minusválidos no son sino la concreción de ese amparo especial del artículo 49 CE. Su finalidad no parece otra que poner en condiciones de igualdad a trabajadores que parten en situación de desventaja.

En desarrollo de la CE se promulgó la Ley Básica de Empleo, de 8 de octubre de 1980, que prevé en su artículo 5.º 3 el establecimiento selectivo de medidas de fomento de empleo para colectivos determinados de trabajadores con dificultades de colocación; en su artículo 13 establece que con objeto de facilitar la colocación y empleo selectivo de los minusválidos el Gobierno dictará normas relativas al fomento de la contratación y beneficios especiales a las empresas.

#### IV. EL EMPLEO DE LOS MINUSVÁLIDOS

La LISMI aporta dispositivos para contribuir a la aplicación de los derechos constitucionales de pleno empleo y al trabajo, favoreciendo la realización de actividades productivas a cargo de los minusválidos. Una de las más interesantes novedades de la LISMI, en orden a la integración laboral de los minusválidos, estriba en la determinación de tres grados o niveles de integración, a saber,

el de integración normal en la empresa, el de integración protegida en Centros Especiales de Empleo

TIPO DE CONTRATO	REQUISITOS TRABAJADOR	REQUISITOS EMPRESA	INCENTIVOS EMPRESA	DURACIÓN Y JORNADA	COMPENSACIÓN ECONÓMICA Y OTROS
Contratación Temporal como Fomento del Empleo para 1995 (1).	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Acreditar la condición de minusválido.</li> <li>• No haber estado contratado en la empresa con posterioridad al 1-1-1994.</li> <li>• No tener relación de parentesco con el empresario.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No haber amortizado puestos de trabajo por despido improcedente, regulación de empleo o despido objetivo.</li> <li>• No amortizar puestos de trabajo por los motivos anteriores durante la vigencia de las contrataciones.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Reducción del 75% de la cuota empresarial de S. Social por contingencias comunes.</li> <li>• Reducción del 100% si se trata del primer trabajador con posterioridad al 1-1-94.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• De 12 a 36 meses.</li> <li>• Prórrogas no inferiores a 12 meses.</li> <li>• A jornada completa.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 12 días de salario por año de servicio a la finalización del contrato.</li> <li>• Posibilidad de transformación en indefinido al amparo y con los beneficios del Real Decreto 1451/1983.</li> </ul>
En Prácticas	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Posesión de título oficial que habilite para el ejercicio profesional.</li> <li>• Antigüedad del título inferior a 4 años.</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Reducción del 50% de la cuota empresarial de S. Social por contingencias comunes.</li> <li>• La retribución será fijada en convenio colectivo para los trabajadores en prácticas, sin que en su defecto sea inferior al 60 o al 75% durante el primer o segundo año, respectivamente, de lo estipulado en convenio para un trabajador de similar categoría.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• De 6 a 24 meses. Agotado el plazo máximo imposibilidad de nueva contratación en esta modalidad en la misma o distinta empresa.</li> <li>• Prórrogas no inferiores a 6 meses (con un máximo de 2 prórrogas).</li> <li>• A jornada completa.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Expedición de certificado acreditativo de las prácticas.</li> <li>• Posibilidad de transformación en indefinido con subvención de 550.000 ptas.</li> </ul>

(1) Téngase en cuenta que conforme a la disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera (BOE de 30-12-1995 y 18-1-1996), durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1996 se aplicará el programa de fomento del empleo previsto para 1995.

**MEDIDAS PARA EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN  
DE MINUSVÁLIDOS (continuación)**

TIPO DE CONTRATO	REQUISITOS TRABAJADOR	REQUISITOS EMPRESA	INCENTIVOS EMPRESA	DURACIÓN Y JORNADA	COMPENSACIÓN ECONÓMICA Y OTROS
Aprendizaje	<ul style="list-style-type: none"> <li>Trabajadores con los que no se pueda celebrar contratos en prácticas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Tiempo mínimo dedicado a la formación del 15% de la jornada.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Reducción del 50% de la cuota única empresa.</li> <li>Retribución no inferior al 70, 80, 90% del SMI, durante el primer, segundo o tercer año, respectivamente, o lo que fije el convenio.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>De 6 a 36 meses.</li> <li>Prórrogas no inferiores a 6 meses (con un máximo de 2 prórrogas).</li> <li>A jornada completa.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Expedición de certificado acreditativo.</li> <li>Posibilidad de transformación en indefinido con subvención de 550.000 ptas.</li> </ul>
Contrato indefinido para minusválidos. R.D. 1451/1983. O.M. 13-4-1994.	<ul style="list-style-type: none"> <li>Acreditar la condición de minusválido.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Empresas con más de 50 trabajadores, obligación de ocupar a un 2% de trabajadores minusválidos.</li> <li>Si la empresa es de nueva creación, los trabajadores minusválidos no podrán sobrepasar el 51% del total de la plantilla.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Subvención de 500.000 ptas.</li> <li>70 ó 90% de bonificación en las cuotas de S. Social por todas las contingencias, según que el trabajador sea menor o mayor de 45 años.</li> <li>Posibilidad de subvenciones para F. Profesional y para adaptación de puestos de trabajo.</li> <li>Deducción de 1.000.000 ptas. en el Impuesto sobre Sociedades por aumento de plantilla de minusválidos (2).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Contrato indefinido.</li> <li>A jornada completa.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Obligación de mantener la estabilidad en el empleo durante 3 años.</li> <li>Obligación de sustituir al trabajador minusválido, en caso de despido improcedente, por otro en las mismas condiciones.</li> <li>El incumplimiento de estas obligaciones supondrá la devolución de las ayudas recibidas.</li> </ul>

(2) Téngase en cuenta que conforme al artículo 3.º del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (BOE de 8 y 18 de junio) la deducción procederá por cada trabajador contratado con carácter indefinido a partir de 9 de junio de 1996.

y el de la integración protegida en Centros Ocupacionales.

Lo que aquí nos interesa es la integración normal en la empresa a través del empleo ordinario. El Título VII de la LISMI se ocupa de la integración laboral, donde se reiteran y concretan los principios de no discriminación e igualdad en el acceso al trabajo y en el desarrollo y ejecución del mismo, principios que ya aparecen en el Estatuto de los Trabajadores [art. 4.º 2.c), párrafo 2.º]. Establece la ley una política de fomento del empleo mediante ayudas que faciliten la integración laboral y colocación de minusválidos. El desarrollo normativo para la integración en el mercado ordinario de trabajo se ha realizado a través del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto por la LISMI se regulan las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, que podemos resumir en los siguientes cuadros:

## MEDIDAS PARA EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN DE MINUSVÁLIDOS

### V. CUOTA DE RESERVA

#### 1. Razones políticas en favor de la cuota de reserva.

##### 1.1. Igualdad.

La existencia de la cuota que aquí nos ocupa, provoca que el beneficio a los trabajadores minusválidos que se vean favorecidos por esta medida de discriminación positiva tenga como contrapartida un claro y visible perjuicio para el resto de los trabajadores, en el sentido que desde el momento en que existe dicha cuota, les quedarán vedados los puestos de trabajo que cubra ese porcentaje. Esto nos lleva a cuestionarnos su justificación ante la posibilidad de que conculque el principio de igualdad ante la ley.

El cupo de reserva beneficia a una minoría que, por serlo, se encuentra en situación de grave desigualdad y desamparo; y es innegable que se plantean problemas éticos y jurídicos difíciles en esa diferenciación de trato. El problema que plantea la discriminación positiva se puede formular como sigue: ¿es lícito tratar desigualmente para conseguir una igualdad justa? Nuestra Constitución no entiende por discriminación la simple diferenciación, sino la diferenciación injusta. Sentado que no toda diferenciación es injusta, ¿se puede considerar injusta la diferenciación establecida por el cupo de reserva para trabajadores minusválidos? Hay dos razones esenciales para decir rotundamente que no: la primera es que dicha cuota no comporta los rasgos negativos, de minus-

valoración, menosprecio o estigmatización de los excluidos que sí conllevan las injustas discriminaciones tradicionales; y la segunda razón es que el fin de tal medida es la superación de graves desigualdades previas y, por tanto, la consecución de unas relaciones más justas entre distintos grupos sociales.

La desigualdad debe apreciarse en relación a la finalidad y a los efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. La desigualdad tiene como límite la arbitrariedad, que es causa de discriminación, y parece claro que de acuerdo con el sistema de valores que la Constitución consagra la razonabilidad de esta reserva de puestos de trabajo para minusválidos está más que justificada.

Se podía argumentar que en el terreno del Derecho lo que cuenta es generalmente la igualdad formal, que el propio Derecho es un orden formal, abstracto e igualitario, que no impone la desigualdad, pero que tampoco la impide, y para el que las desigualdades materiales generalmente no cuentan. Pero afortunadamente todos estamos de acuerdo en que el principio de igualdad no puede pararse en los aspectos puramente formales, sino que tiene que considerar las situaciones materiales subyacentes, y aquí se manifiesta la fuerza de ruptura del Derecho del Trabajo y su capacidad de alterar los equilibrios de poder establecidos en el seno de la sociedad.

### *1.2. Solidaridad.*

Podríamos decir que hacer de la solidaridad uno de los valores superiores de un ordenamiento jurídico determinado refleja el compromiso de la comunidad por organizar a todos sus miembros el *status* de los individuos como miembros plenos de la comunidad. Este compromiso solidario afecta a las minorías que reivindican prestaciones positivas por parte de la sociedad. Hemos de reflexionar acerca de las obligaciones que el conjunto de los ciudadanos tienen con respecto a estas minorías.

La solidaridad se expresa sobre el instinto de sociabilidad que une a los hombres y se construye con diferencias o divisiones que surgen entre ellos, en razón de sus capacidades personales y sociales. Ello implica una interdependencia mutua entre sujetos de esa vida social, y en ese encuentro de actividades humanas se crean formas de unidad económica que suponen múltiples relaciones de cooperación entre los hombres.

El fundamento de la solidaridad es así el intercambio que permite que las capacidades de uno se completen con capacidades de otros; en nuestro caso se trata de que el producto del trabajo de los minusválidos satisfaga a otros, se produce un intercambio que consigue el bien común de todos y cada uno en la medida que se establece el principio de la solidaridad, este intercambio supone un valor moral de fraternidad. Supone la negación frontal del carácter esencialmente conflictivo de las relaciones humanas y, lo que es más importante, sacar la reflexión sobre la solidaridad del ámbito de las virtudes individuales y llevarla al terreno de los valores superiores de los ordenamientos jurídicos, reconociéndole una importante dimensión normativa. Indudablemente, esta reivindicación de la solidaridad está íntimamente ligada a una defensa del Estado como mecanismo corrector de desi-

gualdades, enmarcado dentro de un proceso político de decisiones progresivas que pasan de la incertidumbre de lo indeterminado a la certidumbre de unas normas propuestas.

La reivindicación de la solidaridad no es en absoluto antiliberal ni significa la defensa de planteamientos organicistas ni perfeccionistas, más bien sugiere una conexión indisoluble entre la idea de democracia y la de interés común o bienestar general, entendiendo el significado de democracia como proyecto cívico, como proyecto de emancipación individual y colectiva, preocupándose por la suerte de los individuos menos favorecidos, de las minorías tradicionalmente discriminadas. Es un compromiso por el bienestar generalizado de los miembros de la comunidad, porque éstos alcanzan el *status* de miembros plenos de la comunidad.

## 2. Instrumentos jurídicos en su resolución.

### 2.1. Análisis de la situación actual.

Tal y como recoge el artículo 4.º del Real Decreto 1451/1983, conforme a lo previsto en el artículo 38.1 de la LISMI, las empresas públicas y privadas que ocupen trabajadores fijos que excedan de 50, tendrán la obligación de emplear un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100 de la plantilla, entre los que se encuentren inscritos como tales en el correspondiente registro de trabajadores minusválidos de la oficina de empleo.

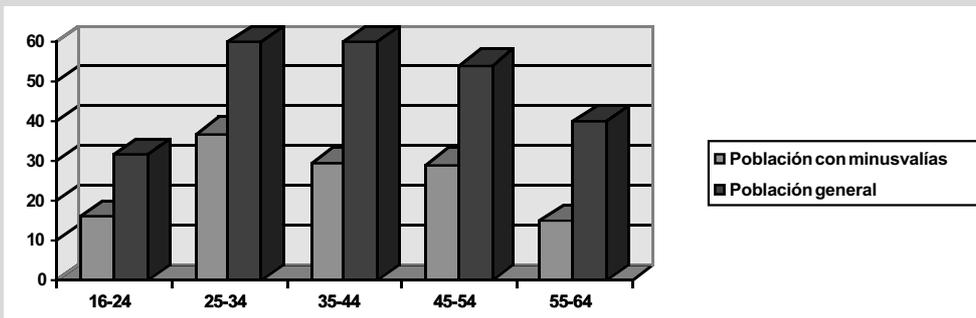
El incumplimiento de las medidas de reserva en el empleo dictadas en virtud de lo dispuesto en los artículos 17.2 y 17.3 del Estatuto de los Trabajadores constituye infracción grave, así lo recoge el artículo 27, párrafo 4.º, de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Alguno podría pensar que esta reserva supone una novedad, pero no es así, pues la misma reserva ya se estableció en el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, a la que se unió la Orden de 12 de enero de 1972, que regulaba los beneficios para las empresas que contraten a minusválidos como incentivo ante el cupo de reserva que establecía el Decreto antedicho.

Parece obligado, ante la medida de discriminación positiva que nos encontramos, poner de relieve algunos datos reveladores acerca de la situación laboral de los minusválidos, aunque la información disponible se ha podido quedar ya un tanto desfasada. Las fuentes son la *Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Minusvalías*, llevada a cabo por el INE en 1986 (256.337 personas encuestadas en más de 74.000 hogares), completada por la pequeña encuesta que llevó a cabo el INSERSO en 1988 (2.500 personas, lo que la hace menos representativa), centrada en el análisis de las personas con minusvalías. A los efectos que nos interesan, destacamos los siguientes datos:

## TASA DE EMPLEO DE LA POBLACIÓN CON MINUSVALÍA Y DE

LA POBLACIÓN GENERAL DE ENTRE 16 Y 64 AÑOS, 1988



	16-24	25-34	35-44	45-54	55-64	TOTAL POBLACIÓN EN EDAD ACTIVA
<b>Tasa de empleo de la población con minusvalías (a) .....</b>	16'2%	36'9%	29'5%	29'1%	15'1%	24'7%
<b>Tasa de empleo de la población general (b) .....</b>	31'7%	59'7%	59'7%	53'9%	40'1%	47'5%
<b>Índice de desventaja (1-a/b) (*) .....</b>	0'49	0'38	0'51	0'46	0'62	0'48

(*) El índice puede tomar valores entre 0 y 1. Un índice de desventaja igual a 0 significaría que las tasas de empleo de la población con minusvalías son similares a las de la población general. Un índice igual a 1 se alcanzaría en el caso hipotético de que la tasa de empleo de la población con minusvalías fuese nula.		
<b>TASA DE EMPLEO DE LA POBLACIÓN CON MINUSVALÍAS Y DE LA POBLACIÓN GENERAL, 1988</b>		
Decíamos más arriba que corríamos el riesgo de alguna inexactitud o falta de actualización de datos, pero somos rigurosos al utilizar solamente datos de fuentes oficiales, en fin, que estas cifras		

nos aproximan a una realidad, que no por «triste» deja de ser más o menos cierta.

Los datos existentes permiten afirmar que el nivel real de inserción laboral de los minusválidos no llegaba a la mitad del que correspondía, en la fecha de la encuesta, a la población general española. Este déficit bruto de inserción laboral debería ajustarse a la baja, dada la existencia de personas sin posibilidades de realizar una actividad productiva, y cuyas necesidades de integración social y suficiencia económica deberán encontrar solución en ámbitos distintos al empleo productivo, respuesta que se articula a través de centros ocupacionales y de prestaciones económicas sustitutivas de los ingresos por trabajo. Así pues, es difícil precisar cuál debería ser la dimensión razonable de ese ajuste, es decir, la cuota de reserva obligatoria a trabajadores minusválidos.

### SITUACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES Y DE LA POBLACIÓN GENERAL, 1986

PERSONAS DE ENTRE 16 Y 64 AÑOS	PERSONAS CON MINUSVALÍA	POBLACIÓN GENERAL
Total (en miles)	1.147'8	23.247'2
Activos (en miles)	236'0	13.228'5
Tasa de actividad	20'7%	56'9%
Con empleo (en miles)	147'7	10.263'8
Tasa de ocupación	62'6%	77'6%
Tasa de paro	37'4%	22'4%
Tasa de empleo	13'0%	44'1%

Lo verdaderamente justo, a nuestro entender, sería que los niveles de inserción laboral, o visto desde la otra cara de la moneda, la tasa de desempleo, fuesen equiparables con los de la población general. Entonces podríamos hablar de que la población minusválida está integrada, ya que disfrutaría o soportaría de las condiciones del resto de los españoles, en ese momento dejaríamos de hablar de discriminaciones, ni negativas ni positivas. En este sentido, la cuota de reserva se habría de disparar hasta porcentajes insospechados, elevándose a cuotas que la realidad no permite plantearse en serio. Sin dejar esta línea, nos parece oportuno traer un episodio de gran magnitud que puede ilustrarnos y que sacudió las conciencias de parte de la sociedad: nos referimos al movimiento que surgió en pro de otorgar el 0'7% del PIB para la ayuda y el desarrollo de los países empobrecidos, donde está claro que ese porcentaje no iba a significar la erradicación de la flagrante desigualdad existente, para ello (junto con infinitas otras medidas, cientos de años más y sobre todo el cambio de mentalidad del ser humano) seguramente hubiera de llegarse a un porcentaje también altísimo, pero no por ello se dejó de pedir ese famoso 0'7% como posible y compatible con la realidad. Pues, salvando las distancias, podemos decir que con la cuota de reserva de puestos de trabajo para minusválidos ocurre algo parecido: la cuota no elimina la discriminación aun cumpliéndose en su totalidad, pero no por ello deja de ser necesaria al mitigar esa desventaja inicial (aunque no parece que una lla-

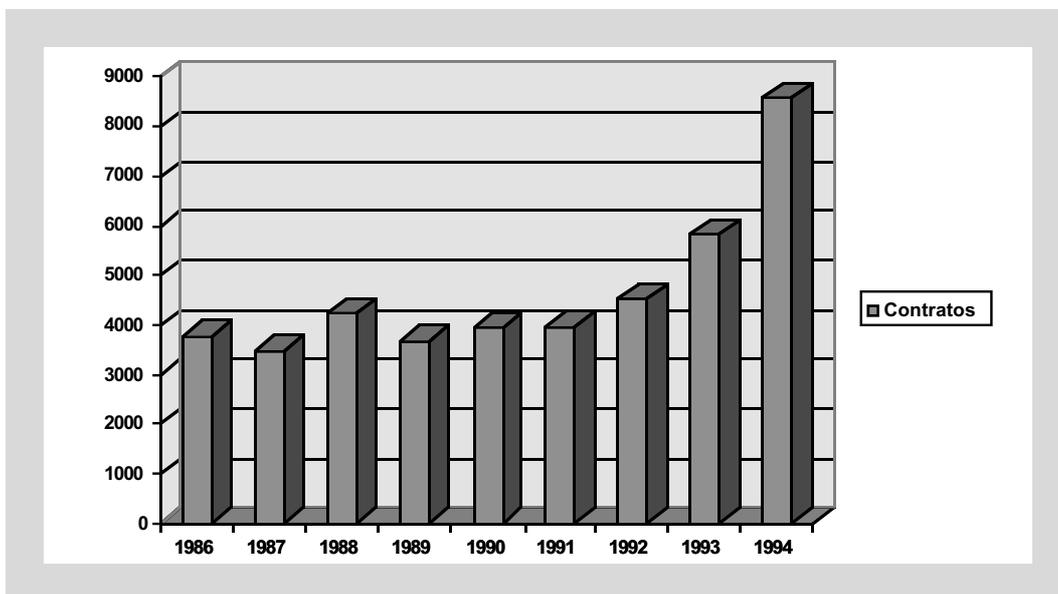
mada a su cumplimiento poblase de tiendas de campaña nuestras ciudades), y creemos que es perfectamente compatible con las reglas y sistema del mercado de trabajo y con sus mecanismos de organización productiva.

2.2. Niveles de incumplimiento.

La normativa en vigor establece que las empresas de más de 50 trabajadores fijos deben tener como mínimo un 2% de trabajadores minusválidos. Para analizar el grado de cumplimiento de esta normativa hemos comparado el número de puestos de trabajo creados al amparo de esta normativa con la cifra que resulta de aplicar el porcentaje del 2% al total de trabajadores fijos contratados por empresas de más de 50 trabajadores.

**GRADO DE INCUMPLIMIENTO APROXIMADO DE LA RESERVA OBLIGATORIA DEL 2% PARA MINUSVÁLIDOS EN EMPRESAS PRIVADAS DE MÁS DE 50 TRABAJADORES FIJOS (AÑO 1994)**

Total plantilla en empresas privadas de más de 50 trabajadores fijos .....	2.248.986
Puestos que deberían estar cubiertos por minusválidos .....	44.979
Puestos realmente cubiertos por minusválidos en empresas .....	8.549



Puestos no cubiertos por minusválidos .....	36.430
Grado de incumplimiento en % .....	81'92

En esta búsqueda de la verdadera voluntad a la hora de cumplir o no con el cupo requerido por la ley, nos parece significativo constatar el dato que ofrece *Perfiles* (Revista de la ONCE), si bien advirtiendo que es tan sólo indicativo, sobre la actitud de los tres principales partidos políticos a nivel nacional a la hora de cumplir ellos mismos con la legalidad. Los resultados que ofrece la encuesta son que en Izquierda Unida tiene un 3'1 por 100 de personal discapacitado, el Partido Popular un 2'1 por 100 y el Partido Socialista Obrero Español un 0'6 por 100. Es cuanto menos paradójico que la ley no la cumpla ni el partido que desde 1982 a 1996 ha formado Gobierno en España.

#### CONTRATOS REGISTRADOS DE DURACIÓN INDEFINIDA DE TRABAJADORES MINUSVÁLIDOS ACOGIDOS A MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO, 1986-1994

AÑO	NÚM. DE CONTRATOS
1986	3.755
1987	3.469
1988	4.210
1989	3.690
1990	3.941
1991	3.980
1992	4.508
1993	5.803
1994	8.549

Aunque tardía, se puede observar con claridad la eficacia de la actividad de las Inspecciones de Trabajo, que desde 1990 ha incluido dentro de su programa de actividades la de vigilar el cupo de reserva, acción que ha articulado en dos fases: la 1.<sup>a</sup> remitiendo escritos informativos a las empresas recordando la vigencia de las medidas dirigidas a proteger el empleo del personal discapacitado; la 2.<sup>a</sup> mediante actuaciones inspectoras concretas, adoptándose las providencias legales de requerimiento y de sanción, en su caso, respecto de las empresas que no hayan cumplido la mencionada obligación de cobertura prevenida en el artículo 38.1 de la LISMI.

Si tenemos en cuenta que en España la cuota de reserva lleva funcionando ininterrumpidamente más de 25 años, desde aquel Real Decreto 2531/1970, y vistos sus resultados, es absolutamente necesario replantearnos su funcionamiento y abordar las alternativas que se barajan en la actua-

lidad.

### 2.3. La cuota al empleo de los minusválidos en algunos países de la Unión Europea.

En **Italia** toda empresa y organismo público de más de 35 trabajadores está obligado a contratar un determinado porcentaje de personas calificadas como en desventaja. Este porcentaje se ha fijado en un 15%, que a su vez se subdivide según la desventaja de que se trate: el 25% de este 15% reservado se destina a heridos de guerra, el 15% para discapacitados civiles, el 15% para víctimas de accidente laboral, etc. Cuando no haya candidatos para cubrir un determinada categoría, se transfieren las vacantes a otra categoría.

La relación de trabajo que se establece en el marco de la contratación obligatoria se considera a todos los efectos como una relación de trabajo normal. Simplemente exige a los minusválidos tener la capacidad, aunque sea limitada, de ejercer una actividad profesional. Este sistema de contratación obligatoria se considera inadecuado y obsoleto desde hace más de veinte años.

En **Grecia**, todas las empresas están obligadas a contratar un porcentaje de personas discapacitadas, independientemente de su sector de actividad. Concretamente, se prevé un porcentaje de contratación obligatoria (existan o no vacantes) del 3% de la plantilla total, siempre que la empresa tenga más de 50 empleados en nómina. En el cálculo de la plantilla de una empresa se tienen en cuenta todos los empleados y obreros en cualquier modalidad de contratación, a excepción de los trabajadores contratados por un plazo breve de tiempo. Se exime de esta obligación a todas las empresas que hayan cesado su actividad temporalmente o que no obtengan beneficios.

El caso de **Alemania** es especialmente iluminador, por lo que vamos a detenernos en él con más detalle. Se parte de que los organismos públicos y las empresas privadas de más de 16 trabajadores están obligadas a reservar un 6% de sus puestos a las personas que encajen en la siguiente descripción:

1. Personas cuya discapacidad les perjudica laboralmente, en particular las siguientes:
  - a) Personas que dependen de una determinada asistencia.
  - b) Personas cuya discapacidad supone un coste elevado para su empresa.
  - c) Personas con productividad permanentemente inferior.
  - d) Personas con discapacidad mental o psicológica de al menos el 50%.

- e) Personas que no han podido finalizar su período de formación profesional debido a su discapacidad.
2. Personas discapacitadas mayores de 50 años.

En el cálculo del porcentaje reservado a personas con discapacidad no se contabilizan los puestos ocupados por las siguientes personas:

1. Personas con discapacidad que participen en programas de integración laboral en empresas o talleres protegidos.
2. Personas que desempeñen actividades sin ánimo de lucro y miembros del clero de religiones reconocidas.
3. Personas que no trabajan por motivos económicos, sino por terapia, integración o educación.
4. Participantes en los programas de creación de empleo.
5. Personas que, tras un período de prácticas, han sido admitidas para un puesto en concreto.

En el caso de que la integración laboral de un trabajador discapacitado sea especialmente difícil, la autoridad laboral podrá decidir que este puesto contabilice como tres.

Las empresas que no alcancen el porcentaje obligatorio deberán pagar una compensación de 200 marcos mensuales por cada puesto no ocupado por personas con discapacidad. Los fondos recaudados con estos pagos se destinan exclusivamente a asistencia en el puesto de trabajo y formación profesional de los trabajadores con discapacidad, nunca a gastos de personal, material o administración.

Se han llevado a cabo estadísticas que revelan que el porcentaje real de trabajadores con discapacidad contratados al amparo de esta cuota es del 4'4% sobre ese teórico 6%.

Algunos países establecen la cuota con carácter orientativo, no obligatorio, es el caso de **Francia**, las empresas están obligadas a contratar un 6% de trabajadores discapacitados sobre el total de su plantilla. La contratación se puede llevar a cabo de distintas formas. Por un lado, las empresas pueden contratar directamente a los trabajadores con discapacidad. Otras opciones son el pago de una cantidad a la Asociación de Gestión de los Fondos de Desarrollo a favor de Personas con Discapacidad

o la firma de acuerdos de colaboración con programas a favor del colectivo discapacitado. En **Holanda** el esquema es similar al del país galo.

En cambio, en algunos otros países dicha cuota no existe, tal es el caso de **Dinamarca**, **Finlandia** o **Suecia**, en el sistema danés, p. ej., las cuotas porcentuales han sido rechazadas especialmente por las organizaciones de personas discapacitadas, ya que pueden ser contraproducentes para los minusválidos que hayan accedido al mercado laboral por sus propios medios.

#### *2.4. Propuestas de reforma en torno a la cuota.*

Todo el mundo coincide en el rotundo fracaso en el cumplimiento de esta cuota, por lo que desde distintos foros se ha intentado articular un «nuevo» sistema de cuota de reserva que suponga una cada vez más verdadera y auténtica integración del minusválido en el mercado de trabajo a través de una relación laboral ordinaria de empleo. Vamos a referirnos a las siguientes:

- A) Por parte del poder legislativo nos gustaría poder decir que tiene una actitud realmente activa sobre esta realidad, pero desgraciadamente sólo hemos podido encontrar un escueto Informe sobre la problemática de los minusválidos del Congreso de los Diputados, que en lo relativo a la integración laboral sólo llama la atención la llamada a la creación de un Fondo Especial de Empleo, al que las empresas tendrán la obligación de aportar económicamente cuando no cubran ese 2%. Curiosamente ese Fondo debía crearse antes de comenzar 1995 (el Informe es de 1992).
- B) El Consejo Español de Representantes de Minusválidos (CERMI) también subraya la importancia de la creación de un Fondo, pero lo más llamativo es la petición que hacen en el sentido de incrementar la cuota a un 4% y aplicarlo a las empresas que superen los 25 trabajadores.
- C) El Consejo Económico y Social reitera las medidas que proponen el Congreso y el CERMI, aunque destacamos algunos de los perfiles que, a su entender, debía presentar el Fondo: se configuraría como una alternativa al cumplimiento del cupo; se gestionaría con la participación de los empresarios, sindicatos, representantes de los minusválidos y de los órganos de la Administración relacionados con las políticas de empleo y con las acciones en favor de las personas con discapacidad; financiaría acciones y programas dirigidos a la capacitación y recualificación profesional de las personas con discapacidad.
- D) Desde la propia Administración se creó el Plan de Acción para las Personas Discapacitadas, del que sólo podemos destacar que aboga por el mantenimiento del cupo actual, pero aplicado a empresas de más de 25 trabajadores. También pide la creación de un Fondo Especial

de Empleo.

E) No podemos dejar de reflejar aquí, por lo enriquecedor de su aportación, las medidas que propuso Rafael DE LORENZO (Vicepresidente de la ONCE) en relación a la cuota de reserva, y que expuso extensamente en la conferencia pronunciada en el Club Siglo XXI en marzo de 1994, y que llevaba por título: «El cambio necesario en la política de formación y empleo para minusválidos». En su exposición aborda con profundidad el tema de la creación de un Fondo Especial para la Creación de Empleo de las Personas con Discapacidad, entre cuyos fines estarían, entre otros, la financiación de puestos de trabajo en empresas ordinarias y la capacitación y formación profesional de personas con discapacidad. Se abordan los rasgos básicos del Fondo, del que se barajan dos principales alternativas respecto a la forma en que se haría la aportación de las empresas al mismo:

- Las empresas que estando obligadas a la reserva incumplan efectivamente la medida serían las que financiarían al Fondo a través de estas sanciones.
- Las empresas que estando obligadas a la reserva podrán optar voluntariamente entre el cumplimiento de la cuota o el pago de una cantidad previamente establecida ante la imposibilidad de que los puestos a cubrir en la empresa no puedan ser desempeñados por personal con discapacidad. Esta posibilidad es la más idónea al configurar el Fondo como una opción más para el sector empresarial.

También sugiere DE LORENZO el incremento de la cuota hasta el 4% conforme a una situación realista, y aplicado a empresas a partir de los 25 trabajadores de plantilla. Asimismo, aboga por la potenciación de la negociación colectiva como instrumento fundamental para sensibilizar a las empresas y a los trabajadores activando medidas de apoyo en la integración laboral de este colectivo. Y considera que la creación de una agencia privada de colocación podría desarrollar una gran labor como agente de colocación de los discapacitados en el mercado de trabajo ordinario, constituyéndose una alternativa a la necesidad de llevar a cabo la contratación de minusválidos a través del INEM, que es considerado un canal poco operativo, masificado e ineficiente porque no preselecciona a los candidatos ni informa a los empresarios de aquellas características personales que le interesan a la hora de elegir a un trabajador para ocupar un puesto. Los canales de búsqueda de trabajadores han de ser los que aúnen la fiabilidad con la rapidez.

Nos ha parecido muy significativo el poco interés que ha despertado el cumplimiento y funcionamiento de esta cuota de reserva de puestos de trabajo para minusválidos tanto en las organizaciones de empresarios, como en las de los trabajadores. Estamos seguros de que si tomasen parte activa y decidida en esta problemática, ello ayudaría e impulsaría notablemente la integración laboral de estos trabajadores, mientras esto no ocurra los resultados se verán seriamente condicionados.

### 2.5. Legitimidad dada por el Tribunal Constitucional sobre la reserva de empleo a favor de minusválidos.

Para culminar este apartado referido a la cuota de reserva nos parece que no puede haber mejor colofón que traer aquí algunos razonamientos del Tribunal Constitucional acerca de la cuota de reserva que se hacen en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1994, dada su importancia doctrinal para determinar el sentido y alcance de todas las medidas favorecedoras del ejercicio de los derechos de los minusválidos, pronunciándose el Alto Tribunal rotundamente a favor de la legitimidad constitucional del cupo de reserva.

El Alto Tribunal afirma que la discriminación prohibida es la que proviene de tratamientos entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, en los que concurren factores diferenciadores, que éstos sí vienen a constituir verdaderas causas reales de discriminación... Ése es el sentido y finalidad del mandato dirigido a los Poderes Públicos y contenido en el artículo 9.º 2 CE y, específicamente, en el 49 CE, para que se implanten medidas equiparadoras de situaciones sociales de desventaja.

Termina declarando el Tribunal Constitucional que es perfectamente legítima la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinada a un colectivo con grandes problemas de acceso al trabajo, lo que, por otro lado dice, viene a ser mero cumplimiento del mandato contenido en el artículo 9.º 2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.º 1 CE).

## VI. CONCLUSIONES



1. Las medidas de discriminación positiva en favor de los minusválidos tienen hoy un objetivo claro: que se den las condiciones imprescindibles para colocar en situación de igualdad a quienes sufren una discapacidad.
2. La integración laboral de los minusválidos que exigen los artículos 49 y 35.1 de la CE, ha de lograrse fundamentalmente a través de las relaciones laborales ordinarias, acomodándose de esta manera a la exigencia constitucional de la igualdad real que predicen los artículos 9.º 2 y 14 de la CE.
3. La cuota de reserva como medida de discriminación positiva se hace razonable y se justifica en la medida que los datos reflejan la verdadera discriminación que sufren los minusválidos a la hora de acceder a un puesto de trabajo.
4. Esta medida de reserva se fundamenta en dos pilares: la igualdad, que busca superar las graves desigualdades; y la solidaridad como valor superior del ordenamiento jurídico.

El Tribunal Constitucional considera que es perfectamente legítima la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo destinada a un colectivo con grandes problemas de acceso al trabajo.

5. Ha quedado patente la ineficacia del actual sistema del cupo de reserva; por ello se hace necesaria su reforma. Principalmente se requiere la existencia de un Fondo Especial para la Creación de Empleo que funcione como alternativa a la obligatoriedad del cupo.

6. La contratación de trabajadores minusválidos no ha de suponer una carga para el empresario, ya que consiguen mano de obra barata como consecuencia de las subvenciones y bonificaciones de la Administración para facilitar su contratación.

7. No cabe ilusionarse en una verdadera mejora en la integración laboral de este colectivo sin la participación e implicación de las organizaciones de trabajadores y empresarios.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACTION EUROPEENE DEL HANDICAPES, *Personas Discapacitadas y Derecho del Trabajo*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1995.
- ALONSO SECO, *Cinco años de vigencia de la LISMI*, Real Patronato de Atención a Personas con Minusvalías, 1988.
- CERMI (Consejo Español de Representantes de Minusválidos), *Plan para la reactivación del empleo de personas con discapacidad*, Escuela Libre Editorial, 1994.
- CÓDIGO DE LAS MINUSVALÍAS, Dir. Santiago Muñoz Machado, La Ley, 1989.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Informe sobre la problemática de los minusválidos*, Boletín Oficial de las Cortes Generales de 16 de diciembre de 1992, núm. 237.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Informe sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación*, Colección Informes, núm. 5/1995.
- DURÁN LÓPEZ, *El Derecho del Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Estudios e Investigaciones, 1985.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ y RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986.
- FUNDACIÓN ANDE, *La percepción que tienen los empresarios de los discapacitados psíquicos como trabajadores*, 1995.
- GOBIERNO VASCO, *Integración laboral de minusválidos*, Departamento de Sanidad y Seguridad Social, Serie Estadísticas y Documentos de Trabajo núm. 5, 1984.
- GONZÁLEZ AMUSCHASTEGUI, *Solidaridad y derechos de las minorías*, en *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, 1994.
- INE, *Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Minusvalías*, 1987.
- INSERSO, *Informe de la reunión internacional de expertos en legislación para la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad*, 2-6 junio, Viena, 1988.
- INSERSO, *Las personas con minusvalía en España*, 1988.
- INSERSO, *Plan de Acción para las Personas con Discapacidad*, 1994.
- DE LORENZO GARCÍA, *El cambio necesario en la política de formación y empleo para minusválidos*, Conferencia pronunciada en el Club Siglo XXI el 21 de marzo de 1994 (inérita).
- MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Anuario Estadísticas Laborales*, 1994.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Las políticas de integración laboral de las personas con discapacidad a debate*, Reunión técnica sobre la aplicación del Convenio núm. 159 de la OIT en América Latina, 1993.
- PERFILES (Revista de la ONCE), *Partidos políticos y reserva de puestos para minusválidos*, núm. 115, Febrero de 1996.
- REAL PATRONATO DE PREVENCIÓN Y DE ATENCIÓN A PERSONAS CON MINUSVALÍA, *Acceso de las Personas con Discapacidad al Empleo Público*, Documentos 13/1995.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, «El principio de igualdad y las relaciones laborales», *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, *No discriminación en las relaciones laborales*, en BORRAJO (dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo IV, artículos 14 a 18, Edersa, 1983.
- RUIZ MIGUEL, *La igualdad como diferenciación*, en *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, 1994.