

# LA CUOTA DE RESERVA A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA

**JOSÉ GUSTAVO QUIRÓS HIDALGO**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

## **Extracto:**

**EL** presente estudio aborda la cuota de reserva a favor de las personas con discapacidad desde una perspectiva muy concreta, como es aquella relativa al empleo en el sector público, analizando de forma comparada tanto la regulación estatal como las autonómicas, pudiendo servir el análisis como referente para los territorios carentes de la misma. Así, tras identificar y exponer la normativa existente y realizar algunas precisiones consideradas de interés (concepto de persona con discapacidad a estos efectos, posibilidad de adoptar medidas alternativas y consideración de la cuota en la contratación administrativa), se analizan las variantes admitidas en la aplicación y reparto de la cuota y la participación del aspirante con tal condición en los procesos selectivos, aludiendo a los requisitos exigidos, las diversas modalidades del procedimiento de provisión o las eventuales adaptaciones en la realización de las pruebas, concluyendo con lo referente a la aplicación dada a las vacantes subsistentes.

**Palabras clave:** cuota de reserva, personas con discapacidad y empleo público.

# QUOTA SCHEME FOR DISABLED PEOPLE IN PUBLIC EMPLOYMENT. ANALYSIS OF THE STATE AND AUTONOMOUS REGULATION

**JOSÉ GUSTAVO QUIRÓS HIDALGO**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

## **Abstract:**

**T**HIS research approaches the quota scheme for disabled people in public employment, carrying out a comparative analysis of the state and autonomous regulation, in order to offer standards to other regions. After identifying and putting forward the current legislation and some useful precisions, it's time to analyse different choices to apply and distribute the quota and also for the participation of candidates in the selective process, mentioning into requirements, provision procedures or possible adjustments, and concluding dealing with the good use for the subsistent vacancies.

**Keywords:** quota scheme, disabled people and public employment.

# Sumario

1. Introducción.
2. Fuentes legales de la cuota de reserva.
3. Algunas precisiones previas.
  - 3.1. Concepto de «persona con discapacidad» a efectos de la cuota de reserva.
  - 3.2. Recurso a las medidas alternativas a la cuota.
  - 3.3. Cuota indirecta en los contratos con Administraciones Públicas.
4. Regulación de la cuota en la normativa estatal y autonómica.
  - 4.1. Aplicación y reparto.
  - 4.2. La persona con discapacidad en el proceso selectivo.
  - 4.3. Subsistencia de vacantes tras la convocatoria.

## Bibliografía.

**NOTA: Abreviaturas utilizadas.** AA.VV.: Autores Varios; BOE: Boletín Oficial del Estado; CE: Constitución Española; CES: Consejo Económico y Social; cit.: obra citada; Cont.-Admtivo.: Sala de lo Contencioso-Administrativo; EBEP: Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; ed.: edición; ET: Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; LGSS: Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social; LISMI: Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos; LRF: Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública; núm./núms.: número/números; OATAPS: Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, que establece criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad; OIT: Organización Internacional del Trabajo; pág./págs.: página/páginas; RDAEP: Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad; RGIPSA: Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado; ss.: siguientes; SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social; STCo: Sentencia del Tribunal Constitucional; STS: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social; STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social; T.: Tomo.

## 1. INTRODUCCIÓN

La cuota de reserva supone, en general, la obligación de dar ocupación, en cierto número o porcentaje, a los pertenecientes a un concreto colectivo para el cual la medida ha sido ideada o implantada; en particular, y por cuanto aquí importa, a «las personas con discapacidad»<sup>1</sup>. El cupo constituye, por tanto, «la manifestación normativa más explícita»<sup>2</sup> de la primacía de su derecho al trabajo sobre otros bienes e intereses, sin que ese distinto trato a desiguales pueda merecer reproche alguno desde el punto de vista constitucional<sup>3</sup>—y a buen seguro, desde ningún otro— en tanto en cuanto su finalidad resulta a todas luces elemental: lograr una plena integración —o la máxima posible— a partir de uno de los «principales trampolines»<sup>4</sup> como es el acceso y la permanencia en el empleo.

<sup>1</sup> Tal es el término apropiado frente a otros común y tradicionalmente utilizados, pues la disposición adicional 8.ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, determina que las referencias hechas en los textos normativos a «minusválidos» y «personas con minusvalía» se ha de entender hecha a «personas con discapacidad».

<sup>2</sup> SASTRE IBARRECHE, R.: *El derecho al Trabajo*, Madrid (Trotta), 1996, pág. 174.

<sup>3</sup> El máximo intérprete de la Carta Magna le ha otorgado plena legitimidad y adecuación constitucional, pues al ser obvio «que la minusvalía puede constituir una causa real de discriminación... es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo, no vulnera el art. 14 CE»; por todas, STCo 269/1994, de 3 de octubre.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía», *Relaciones Laborales*, núm 5, 2000, pág. 1.

El presente estudio aborda la cuestión desde una perspectiva muy concreta, como es aquella relativa al empleo en el sector público, teniendo en cuenta la existencia coetánea de normativa estatal y autonómica, por lo que se trata de ofrecer una visión completa y comparada que, incluso pueda servir de guía a la hora de articular un modelo en otras comunidades sin regulación en la materia. A tal fin, tras analizar la regulación existente y realizar algunas precisiones consideradas de interés (concepto de persona con discapacidad a estos efectos, posibilidad de adoptar medidas alternativas y consideración de la cuota en la contratación administrativa), se analizan las variantes admitidas en la aplicación y reparto de la cuota y la participación del aspirante con tal condición en los procesos selectivos, aludiendo a los requisitos exigidos, las diversas modalidades del procedimiento de provisión y las eventuales adaptaciones en la realización de las pruebas, para terminar con la aplicación dada a las vacantes subsistentes. Quedan fuera del estudio, por tanto, otras cuestiones también reguladas en la normativa estatal y autonómica pero referidas a un estadio posterior, en tanto en cuanto son medidas a adoptar una vez el discapacitado obtiene su plaza, tales como adaptaciones del puesto de trabajo, preferencias en la adjudicación de destinos, formación, colaboración con otras entidades, etc.

A modo de conclusión anticipada, cabe afirmar que la regulación de la cuota en el empleo público ha venido permitiendo en los últimos años un acusado incremento del número de personas con discapacidad al servicio de las administraciones, así como de las plazas ofertadas a tal colectivo<sup>5</sup>. No obstante, no es menos cierto que aún queda mucho por andar, pues en el fondo «han ofrecido un panorama de conjunto muy similar al del empleo en el mercado ordinario de trabajo»<sup>6</sup> y «a pesar de la existencia de un mandato legal explícito y muy claro... la realidad es el lamentable incumplimiento del mismo»<sup>7</sup>, tal y como reflejaba la Exposición de Motivos de la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados.

## 2. FUENTES LEGALES DE LA CUOTA DE RESERVA

Diversos son los preceptos que sustentan y motivan la regulación hoy existente (ya sea tanto para el ámbito estrictamente laboral como para el propio de la función pública) y distinto también su rango. En el marco supranacional, el artículo 4 del Convenio de la OIT núm. 159, relativo a la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas<sup>8</sup>, habilitaba ya la adopción de estas «medidas

<sup>5</sup> Un estudio práctico que avala tal afirmación (a pesar de datar del año 2000, cuando la reserva era aún del 3%) en ÁLVAREZ PRIETO, J. y ROJO ALCALDE, J.: «Acceso al empleo público de las personas con discapacidad. Series estadísticas de los años 1985-1999», *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*, núm. 50, 2001, págs. 90 y ss.

<sup>6</sup> SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Los trabajadores discapacitados. Contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones especiales, fiscalidad*, Valencia (CISS), 2000, pág. 78.

<sup>7</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. y HIERRO HIERRO, F.J.: «Personas con discapacidad», en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2008, pág. 523.

<sup>8</sup> Ratificado por España en 1990, BOE de 23 de noviembre. La norma parte del apoyo a «la integración de las personas impedidas en el mercado laboral abierto citado en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos, proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución de 3 de diciembre de 1982», TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, Pamplona (Aranzadi), 2000, pág. 119.

positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás», al imponer su carácter no discriminatorio. Previsión reiteradamente plasmada en el ámbito comunitario, más recientemente por la Directiva 2000/78, de 27 de diciembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuyo artículo 7.2 establece cómo, «por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral».

Dentro ya de nuestro sistema normativo, y observando un orden jerárquico, son varias las alusiones a la materia –directas o indirectas– ofrecidas por la Carta Magna (arts. 9 ó 40). Sin embargo, «no cabe duda de que el trabajo de los minusválidos encuentra su más sólido anclaje en el artículo 49 de la Ley Fundamental»<sup>9</sup>, al conminar a los poderes públicos a 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 y los ampararán para el disfrute de los derechos» otorgados a todos los ciudadanos sin distinción y reconocidos en su propio Título I, entre los cuales reside el de trabajar, concebido a su vez como una obligación (art. 35.1 CE).

En cuanto hace al ordenamiento actual, cabe precisar cómo, aun cuando existían precedentes anteriores, el Real Decreto 1327/1981, de 19 de junio, en sorprendente decisión adoptada sólo dos años después de la promulgación de la Carta Magna<sup>10</sup>, «abandonó esta técnica para quedarse en subvenciones y bonificaciones»<sup>11</sup>. No obstante, el artículo 38.1 de la LISMI y el derogado artículo 158.2 de la LGSS la recuperaron nuevamente para implantarla en las empresas –tanto privadas como públicas– que emplearan a cincuenta o más trabajadores. A partir de ahí, la cuota ha sufrido una compleja evolución tanto en el ámbito laboral como en el del empleo público.

Siendo el objeto del estudio este último, la disposición adicional 19.<sup>a</sup> de la LRFPP –en la versión resultante de la Ley 53/2003– determina que «en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 5% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad..., de modo que progresivamente se alcance el 2% de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de minusvalía y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y

<sup>9</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El trabajo de los minusválidos tras el RD 427/1999, de 12 de marzo», *Aranzadi Social*, T. V, 1999, pág. 47.

<sup>10</sup> Realmente incoherente por el fácil engarce de la medida en los diversos preceptos antes referidos del texto constitucional, óptimo «apoyo autorizado y relevante» a tal fin, ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid (IBIDEM), 1999, pág. 149. Por lo demás, «habrá que entender que no obedecía a una política predefinida, siendo únicamente fruto de la imprecisión», aun cuando cueste creerlo, AZNAR LÓPEZ, M. *et alii*: *Integración social de los minusválidos*, Madrid, (MTSS), 1982, pág. 140.

<sup>11</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «La regulación especial del trabajo de los minusválidos», *Relaciones Laborales*, núm. 10, 1987, pág. 226.

funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente»<sup>12</sup>, inciso que remite al RDAEP (que deroga los preceptos sobre tal materia contenidos en el RGIPSA), aplicable directamente al ámbito contenido en el artículo 1.1 de la LRFP y sólo supletoriamente para el restante sector público (*verbi gratia*, el autonómico).

La previsión aparece reiterada en el artículo 59.1 del EBEP, ahora ya para las ofertas de cualquier Administración (ya sea estatal, autonómica, local, etc.)<sup>13</sup> y de cualquier empresa pública, pues el dato a tener en cuenta viene dado por la titularidad pública del servicio. Lo anterior pretende precisar un pequeño detalle, cual es que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 38.1 de la LISMI, las empresas públicas habrán de guardar el 5% de las plazas ofertadas (en lugar del 2%) cualquiera que sea su tamaño (no sólo cuando ocupen a cincuenta o más trabajadores)<sup>14</sup>. El motivo radica en que la disposición adicional 1.ª del EBEP establece que su artículo 59 –entre otros– será de aplicación «en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del EBEP y que estén definidas así en su normativa específica»<sup>15</sup>.

Como se adelantó líneas atrás, junto a la común previsión de la cuota, para el desarrollo y aplicación de la misma en cualquier Administración o Entidad pública resulta aplicable supletoriamente el contenido del RDAEP, en virtud de su disposición adicional única. No obstante, existe normativa específica en diversas Administraciones autonómicas aplicable a su personal propio, reiterando la obligación de reserva, desarrollando su regulación –en muchos casos de forma similar al RDAEP– y creando órganos autonómicos con competencias en la materia, como son el Decreto 66/1999, de 9 de marzo, de la Generalidad de Cataluña; Ley 12/2001, de 29 de noviembre, de las Cortes de Castilla-La Mancha; Ley Foral 16/2002, de 31 de mayo, y Decreto Foral 53/2006, de 31 de julio, del Gobierno de Navarra; Decreto 47/2003, de 29 de abril, de la Consejería de Presidencia de Extremadura; Decreto 36/2004, de 27 de abril, de la Consejería de Interior de Islas Baleares; Decreto 54/2006 de 22 de junio, del Consejo de Gobierno de Madrid; Decreto 93/2006, de 9 de mayo, de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía;

<sup>12</sup> En la versión inicial el cupo era del 3%, con la finalidad de alcanzar progresivamente el 2% de todo el personal de la Administración del Estado, por lo que fueron atendidas, sólo en parte, las advertencias del Consejo Económico y Social para elevarla hasta el 5% actual, si bien con la intención de conseguir el 4%, CES: *Informe 5/1995, de 26 de octubre, sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación*, Madrid, 1995, pág. 69.

<sup>13</sup> Su aplicabilidad general había sido ya planteada de forma no controvertida a partir de dos motivos: de un lado, la genérica previsión de la LISMI alude expresamente a «la Administración del Estado, Comunidades Autónomas, Administración Local, Institucional y de la Seguridad Social» (art. 38.3); de otro, porque como reconoce la propia LRFP en su artículo 1.3, la específica previsión para este ámbito integra «las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictados al amparo del artículo 149.1.18 de la CE», ALONSO GARCÍA, B.: «La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo», *Tribuna Social*, num. 91, 1998, págs. 20 y 21.

<sup>14</sup> En igual sentido, SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios», en AA.VV. (SÁNCHEZ MORÓN, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid (Lex Nova), 2007, pág. 403.

<sup>15</sup> Según la instrucción 4 de la Resolución de 21 de junio de 2007 de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de aplicación del Estatuto Básico en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (BOE 23 junio 2007), por entidades del sector público estatal hay que entender las comprendidas en el artículo 2 de la Ley 47/2003, de 24 de noviembre, General Presupuestaria (debiendo añadir los equivalentes en el ámbito autonómico y local), entre los que cabe incluir las entidades públicas empresariales, las sociedades mercantiles, las fundaciones, etc.

Decreto 51/2008, de 5 de septiembre, de la Consejería de Administraciones Públicas y Política Local de La Rioja; en fin, y cerrando –hasta la fecha– el listado, Decreto 83/2008, de 23 de diciembre, de la Consejería de Administración Autonómica de Castilla y León.

### 3. ALGUNAS PRECISIONES PREVIAS

#### 3.1. Concepto de «persona con discapacidad» a efectos de la cuota de reserva.

La primera de las precisiones necesarias pasa por delimitar en sus justos términos el conjunto de destinatarios y posibles beneficiarios de la cuota de reserva en el empleo público. En este sentido, la condición de minusválido debe ser declarada conforme a lo previsto en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre procedimiento para reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, tarea encomendada al IMSERSO o a los correspondientes órganos autonómicos con competencias en la materia<sup>16</sup>. Por otra parte, el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, considera como tales no sólo a «quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%», sino también, y por equiparación con los anteriores, a «los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

El problema que planteó este último precepto venía dado por determinar si la equiparación era total o a los exclusivos efectos de las previsiones contenidas en la citada norma. El Tribunal Supremo zanjó la polémica a favor de la segunda alternativa al afirmar cómo «la definición de los grados de incapacidad permanente a efectos de Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo; en cambio, la definición de la minusvalía incluye otras dimensiones de la vida social, como son la educación y la participación en las actividades sociales, económicas y culturales. La coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia; y el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos, como sucede en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003. Pero, junto a estos espacios de coincidencia, hay otros que corresponden privativamente bien a la Seguridad Social, bien a la protección de los discapacitados, y cuyos beneficiarios han de ser determinados, en principio, mediante los procedimientos establecidos en uno y otro sector del ordenamiento social»<sup>17</sup>.

No obstante lo dicho, cabe advertir cómo en esta sede el debate resulta en cierta medida estéril, en tanto en cuanto el artículo 59 del EBEP, al establecer la cuota de reserva a favor de las personas con dis-

<sup>16</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, cit., págs. 35 y ss. o ALONSO GARCÍA, B.: *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Madrid (Civitas), 1997, págs. 63 y ss.

<sup>17</sup> Entre muchas otras posteriores con igual doctrina unificada, STS 21 marzo 2007 (RJ 3539). Sobre el asunto, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «El rechazo de la equiparación automática a la condición de "minusválido" de los incapacitados permanentes de la Seguridad Social», *Tribuna Social*, núm. 208, 2008, págs. 47 y ss.

capacidad, admite legal y expresamente como tales a las definidas por el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, motivo por el cual cabe tener como destinatarios de la reserva tanto a unos como a otros. Idéntica remisión aparece reiterada por las normas autonómicas promulgadas con posterioridad (arts. 1.1 Decreto 93/2006, Andalucía, 3.1 Decreto 54/2006, Madrid, 1.1 Decreto 51/2008, La Rioja o 1 Decreto 83/2008, Castilla y León); para las anteriores o para cuantas no acojan tal precisión, y aun cuando impongan acreditar el grado de minusvalía para participar en los procesos selectivos por el cupo de reserva y únicamente aludan al certificado expedido por los órganos competentes en la materia de la Comunidad Autónoma, cabrá añadir implícitamente aquel otro reconociendo la situación incapacitante «en la forma que establece el artículo 2 del Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003» (arts. 11.1 Decreto 83/2008, Castilla y León o 7.1 Decreto 51/2008, La Rioja).

Por si hubiere duda, y en sentido contrario, la vía especial queda excluida para cuantos tengan reconocida una minusvalía inferior al 33%, una incapacidad permanente parcial o lesiones permanentes no invalidantes, aun cuando «padezcan limitaciones que puedan, si no impedirles, sí causarles sobreesfuerzos adicionales en el acceso a las pruebas»<sup>18</sup>. La sospecha de restricción queda –al menos– matizada, pues «tanto esas personas que ingresan por el cupo de reserva, como aquellas que tienen un grado de minusvalía inferior al 33%, deben cumplir [como luego se verá] el requisito de estar capacitadas para el desempeño de las actividades habitualmente desarrolladas por los funcionarios del Cuerpo o Escala de que se trate. Es decir, el aspirante, con independencia del grado de minusvalía y con independencia también de si accede por el cupo de reserva o por el turno libre, debe estar capacitado para el desempeño de dichas funciones, y esta circunstancia puede ser objeto de dictamen por parte del órgano competente, a instancia del Tribunal calificador, en cualquier momento de la realización de las pruebas. Por tanto, el aspirante se podrá presentar a todas aquellas pruebas selectivas en las que la minusvalía que le ha sido reconocida sea compatible con el desempeño de las funciones propias del Cuerpo o Escala de que se trate»<sup>19</sup>.

### 3.2. Recurso a las medidas alternativas a la cuota.

Conforme consta, la LISMI impone la cuota de reserva tanto para las empresas privadas como para las públicas. Pero en ambos casos, el artículo 4 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, al desarrollar lo previsto en el artículo 38.1 de la LISMI, y en la redacción dada por la disposición adicional 2.ª del Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, contempla la posibilidad de que las obligadas puedan «excepcionalmente quedar exentas de tal obligación en los términos previstos» en la propia LISMI y en la normativa de desarrollo. Las concretas medidas alternativas, los supuestos en los cuales procede y las obligaciones derivadas aparecen reguladas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, y –en tanto no sea sustituida y no se oponga a la anterior– la Orden de 24 de julio de 2000, por la que se regula el oportuno procedimiento administrativo<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> En crítica realizada por LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2005, págs. 122 y 123.

<sup>19</sup> Dictamen de la Comisión Superior de Personal del Ministerio de Administraciones Públicas, núm 131, 2 marzo 1995.

<sup>20</sup> Sobre la cuestión, RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G.: «El fomento del empleo de los minusválidos a través de la cuota de reserva», *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 5, 2004, págs. 563 y ss. o RUBIO DE MEDINA, M.D.: «El cum-

La cuestión trascendental viene dada por si tales medidas excepcionales se aplican en el sector público, cuya solución requiere distinguir entre empresas públicas y Administraciones Públicas. Para las primeras, viene previsto expresamente por el artículo 1.1 del Real Decreto 364/2005, aun cuando cabría matizar que sólo cuando aparezcan indubitadamente organizadas como unidades productivas autónomas, «teniendo en cuenta la forma jurídico-privada que han de revestir»<sup>21</sup> y cuando concurren los requisitos previstos legalmente<sup>22</sup>. Para las segundas, la posibilidad ha de ser rechazada por la dificultad de aplicarlas en tal sede, máxime cuando la regulación específica (EBEP) no lo contempla y tanto el Real Decreto 364/2005 como la Orden de 24 de julio de 2000 aluden únicamente a empresas.

### 3.3. Cuota indirecta en los contratos con Administraciones Públicas.

La actuación del legislador ha ido más allá del establecimiento de la cuota en el ámbito público y ha procedido a idear otros mecanismos utilizando aquélla de manera indirecta<sup>23</sup>. A tal efecto, la disposición adicional 6.ª de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público permite a los órganos de contratación señalar en los pliegos de cláusulas particulares la preferencia en la adjudicación a favor de las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2%, siempre y cuando igualen a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos; además, otorga mejor derecho en caso de empate al licitador con mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

La medida, loable por pretender «implicar conjuntamente a las empresas y a la Administración en la consecución de este fin»<sup>24</sup>, ha presentado escasa virtualidad, pues la expresión «podrán» utilizada por el precepto «demuestra el carácter potestativo de su inclusión en los pliegos»<sup>25</sup>. A pesar de lo dicho, resulta admirable el esfuerzo llevado a cabo en determinados sectores gubernamentales por dotarla de mayor eficacia<sup>26</sup>.

plimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de trabajadores con discapacidad», *Información Laboral. Legislación y convenios colectivos*, núm. 8, 2006, págs. 2 y ss.

- 21 AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Coord.): *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, Pamplona (Aranzadi), 2003, pág. 192.
- 22 CORDERO GORDILLO, V.: «El acceso al empleo público de las personas con discapacidad», *Actas del XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El Estatuto Básico del Empleado Público*, 2008, pág. 5.
- 23 Denominándola «cuota indirecta»; por extenso, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La integración laboral de las personas con discapacidad tras la Ley de Contratos del Sector Público», *Temas Laborales*, núm. 95, 2008, págs. 81 y ss. o, de la misma autora, *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*, Madrid (Cinca-CERMI), 2008, págs. 35 y ss.
- 24 AA.VV. (SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., Coord.): *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, La Coruña (PAIDEIA), 1999, pág. 364.
- 25 ALONSO GARCÍA, B.: «La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo», cit, pág. 23.
- 26 Así ocurrió en el antiguo Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, adquiriendo el firme compromiso de incluir tal exigencia en los pliegos de cláusulas administrativas de los contratos a suscribir por el Departamento y sus Organismos y

La previsión anterior viene «reforzada»<sup>27</sup> por el artículo 49 c) del mismo texto legal, cuando impide contratar con la Administración a aquellas personas (físicas o jurídicas) en quienes concurran determinadas circunstancias y, entre el elenco allí listado, la de «haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de... integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad», lo que debe entenderse referido al incumplimiento tanto de la cuota como de las medidas alternativas y, además, cualquier contravención grave del cúmulo de obligaciones establecidas en la Ley 51/2003<sup>28</sup>. Aun cuando «supone un intento más del legislador, éste por vía sancionadora, por hacer cumplir con la normativa de integración laboral de los minusválidos»<sup>29</sup>, podría resultar exagerada, «ya que ni siquiera la propia Administración cumple la cuota»<sup>30</sup>. A pesar de tal realidad, determinadas opiniones califican como «absolutamente desproporcionado» que a la sanción a imponer por el incumplimiento «se le superponga una sanción accesoria de prohibición para contratar que puede suponer, económicamente hablando, cientos o miles de millones de pesetas, con pérdidas de numerosos puestos de trabajo en aquellas empresas cuya actividad depende directamente de la contratación con las Administraciones Públicas»<sup>31</sup>.

#### 4. REGULACIÓN DE LA CUOTA EN LA NORMATIVA ESTATAL Y AUTONÓMICA

Reiterando pasajes anteriores, la disposición adicional 19.<sup>a</sup> de la LRFP determina que «en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 5% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad..., de modo que progresivamente se alcance el 2% de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de minusvalía y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente». La norma encargada de desarrollar tales previsiones, el RDAEP, reitera en su artículo 2.1 el mentado porcentaje, el cual ha de ser considerado como un mínimo de derecho necesario, en tanto nada impide que las distintas Administraciones Públicas puedan aumentarlo en la oferta global de empleo público, como ha ocurrido en la fijada por la Administración General del Estado para 2009 –7%, art. 5 RD 248/2009, sin modificar las previsiones legales anteriores y genéricas que fijan el mínimo en el 5%– o en las Comunidades Autónomas de Madrid –6%, art. 2 Decreto 54/2006–, La Rioja –7%, art. 3.1 Decreto 51/2008– o Castilla y León –10%, arts. 46 Ley 7/2005, 4.1 Decreto 83/2008 y 3 Decreto 22/2009–. Por el contrario, llama la atención que alguna normativa no haya sido actuali-

entidades, como criterio de adjudicación, en igualdad de condiciones (Punto IV.14 I PEPD). Idéntica previsión, pero ya como preceptiva obligación legal, recogía la Orden del Ministerio de Asuntos Exteriores de 25 de noviembre de 2002.

<sup>27</sup> AA.VV.: *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, cit., pág. 364.

<sup>28</sup> Siguiendo a RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*, cit., pág. 157.

<sup>29</sup> ALONSO GARCÍA, B.: «La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo», cit., pág. 23.

<sup>30</sup> CES: *Informe 5/1995, de 26 de octubre...*, cit., pág. 59.

<sup>31</sup> Como refleja el voto particular contenido en CES: *Dictamen 5/1998, de 27 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1998, pág. 21.

zada y modificada y siga conteniendo la referencia a una reserva «de hasta el 3%» (art. 3 Decreto 66/1999, Cataluña).

A partir de lo anterior, el presente apartado analiza la normativa estatal y autonómica para ofrecer una visión comparativa y de conjunto sobre las variantes admitidas en la aplicación y el reparto de la cuota y los extremos relativos a la participación de la persona con discapacidad en los procesos selectivos, entre los cuales cabe destacar aquellos atinentes a los requisitos exigidos, a las diversas modalidades del propio procedimiento de provisión, las eventuales adaptaciones en la realización de las pruebas o el destino de las vacantes no cubiertas.

#### 4.1. Aplicación y reparto.

Las genéricas previsiones de la reserva –referidas a «las vacantes»– suscitan una primera duda relativa a cómo habrá de ser aplicado el porcentaje. La solución apriorísticamente más sencilla pasa por entender predicada la obligación sobre el conjunto de las plazas incluidas en la Oferta de Empleo Público anual de cada Administración. En efecto, no existe imposición legal a favor de distribuir equitativamente la cuota entre todas las posteriores convocatorias ni entre los diversos cuerpos, escalas y categorías existentes en cada una de ellas <sup>32</sup>, de tal forma que «el hecho de que no exista ninguna plaza reservada en una convocatoria específica no significa necesariamente que la Administración Pública en cuestión incumpla el mandato legal» <sup>33</sup>.

A partir de la anterior premisa, serán razones de oportunidad las que determinen el cumplimiento de la reserva sobre el total de las plazas inicialmente anunciadas a través de un posterior reparto entre convocatorias concretas y/o, en un segundo nivel, entre cuerpos, escalas y categorías (arts. 3.1 RDAEP y 1 Ley 12/2001, Castilla-La Mancha, o 5 Decreto 54/2006, Madrid), especialmente en orden a garantizar que las actividades a desarrollar en esos puestos resulten compatibles en la mayor medida posible con una eventual discapacidad (arts. 3.1 RDAEP y 2.3 Decreto 36/2004, Baleares, o 4.3 Decreto 83/2008, Castilla y León). No obstante, en aras a una mayor transparencia y seguridad jurídica, algunas normativas autonómicas especifican de antemano criterios de distribución, repartiéndolo en función de la discapacidad y del nivel de plazas <sup>34</sup>. En su defecto, y como

<sup>32</sup> En los Tribunales, entendiéndose que los preceptos legales aplicables «no imponen que la promoción de la igualdad de los discapacitados se concrete en el deber de reserva de plazas por el cupo especial respecto a todas las categorías que se ofrezcan en turno general en un concurso de promoción interna, sino que se establece que se reservará un cupo... del conjunto de las plazas vacantes, refiriéndose, por tanto, al total de plazas», STSJ Andalucía/Sevilla, 12 julio 2002 (AS 3899).

<sup>33</sup> CORDERO GORDILLO, V.: «El acceso al empleo público de las personas con discapacidad», cit., pág. 6.

<sup>34</sup> Las posibilidades y variantes son múltiples, pero baste ofrecer algunos ejemplos: el artículo 1 Decreto 83/2008, Castilla y León, prevé destinar un 1% para personas con discapacidad con especiales dificultades para el acceso al empleo, entendiéndose por tales a quienes tengan una discapacidad intelectual con un grado reconocido igual o superior al 33% o una física o sensorial en grado igual o superior al 75%; el artículo 2 Decreto 47/2003, Extremadura, divide la cuota en todos los ámbitos de la Administración en una parte no inferior al 4% destinada a personas con discapacidad física, sensorial o psíquica que no tenga su origen en retraso mental y otra no inferior al 0,5% para quienes acrediten deficiencias psíquicas originadas por retraso mental, todo ello para plazas del Grupo E, de personal funcionario o estatutario, o el Grupo V de personal laboral; el artículo 2.2 Decreto 36/2004, Islas Baleares, reserva un mínimo del 4,5% de las vacantes para ser cubiertas por personas

opción igualmente aconsejable y compatible con la anterior, nada impediría tampoco que la normativa autonómica o específica obligara a establecer en la propia Oferta de Empleo Público «en qué cuerpos y, en su caso, especialidades, opciones o categorías profesionales se aplica dicha reserva» (arts. 3.1 Decreto 93/2006, Andalucía, o 5.1 Decreto 54/2006, Madrid).

Asimismo, la reserva puede incluir el personal tanto en régimen funcional como laboral, porque el artículo 2.1 del RDAEP la refiere sin distinción a «los procedimientos de acceso al empleo público y provisión de puestos de trabajo» y porque si por expreso mandato del artículo 55.2 del EBEP los principios aplicables al ingreso a la función pública son de obligatoria observancia en ambos supuestos, tampoco debería existir signo diferencial en sus exclusiones, como es la de guardar un porcentaje para personas con discapacidad<sup>35</sup> (con tal sentido expreso, arts. 4.1 Decreto 83/2008, Castilla y León, 2 Decreto 54/2006, Madrid, y 1.2 Decreto 51/2008, La Rioja). No obstante, determinados colectivos suelen aparecer excepcionados y quedar sometidos a su legislación específica (por ejemplo, profesiones liberales cuyo ejercicio exige la superación de algún tipo de oposición o concurso<sup>36</sup>, personal docente, funcionarios de la Administración Local, etc.), sin perjuicio de la supletoriedad de la propia normativa estatal y autonómica (arts. 1.3 Decreto 51/2008, La Rioja, 2 Decreto 54/2006, Madrid, o 2 Decreto 83/2008, Castilla y León).

Por otra parte, es preciso parar mientes en dos supuestos con marcadas singularidades: de un lado, también es posible que existan vacantes necesitadas de cobertura meramente temporal, cualquiera que sea la naturaleza del vínculo. En tales casos, y atendiendo al desarrollo reglamentario para la Administración estatal (se insiste, supletorio para las restantes cuando no cuenten con normativa propia), sólo cuando el sistema de acceso incluya fase de oposición y, en todo caso, cuando se trate de proveer veinte o más plazas en un mismo ámbito de participación, obligatoriamente «se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento de las plazas en dichos ámbitos para ser cubiertas entre personas con discapacidad» (art. 6.1 RDAEP), siendo por tanto potestativo fuera de estos supuestos. En cualquier caso, huelga decir que la normativa autonómica puede ofrecer regulación singular y diferente para imponer la cuota siempre y en todo caso con independencia del procedimiento de selección utilizado –art. 8.2 Decreto 36/2004, Islas Baleares–, reiterarla para las convocatorias de naturaleza interina o temporal –por tanto, con idéntico alcance, 8.2 Decreto 51/2008, La Rioja–, aplicarla a puestos cuya duración se prevea superior a un determinado periodo temporal –por ejemplo, cuatro meses, art.

---

con discapacidad física, sensorial o psíquica que no tenga origen en discapacidad intelectual moderada, ligera o límite y un mínimo del 0,5% por aspirantes con discapacidad intelectual moderada, ligera o límite, o con sordera prelocutiva profunda, severa o media, perteneciendo los puestos a cubrir en este último caso a alguno de los cuerpos que integran el grupo E de personal funcionario o de las categorías 7 y 8 de personal laboral; en fin, atribuyendo a personas con discapacidad psíquica originada por retraso mental un 25% de las plazas vacantes de las diversas categorías del grupo profesional V del personal laboral, remitiendo a convocatorias independientes en las cuales se concretará su número, artículo 5.4 Decreto 54/2006, Madrid. Además, suelen precisar que «cuando de la aplicación de los citados porcentajes resulten fracciones decimales, éstas se redondearán por exceso para su cómputo»; por todos, artículo 3 Decreto 93/2006, Andalucía.

<sup>35</sup> GOÑI SEIN, J.L.: «Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. La adquisición y pérdida de la relación de servicio», en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Murcia (Laborum), 2008, pág. 178.

<sup>36</sup> Como muestra el Real Decreto 863/2006, de 14 de julio, por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad a las oposiciones al título de Notario y al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, así como la provisión de plazas a su favor.

23 Decreto 54/2006, Madrid— o eliminarla y pasar a satisfacer las necesidades temporales exclusivamente a través de bolsas de empleo, ya sean específicas para el colectivo, ya comunes pero con determinadas preferencias para éstos <sup>37</sup>.

En segundo término, en el ámbito estatal —y supletoriamente para las Comunidades Autónomas, en tanto sus normativas no suelen hacer referencia al respecto— la oferta destinada al acceso por promoción interna queda preceptivamente sujeta a la cuota, la cual «se distribuirá entre los distintos cuerpos, escalas o categorías, y se deberá reflejar esta reserva en las convocatorias» (arts. 5 RDAEP y 4.1 Decreto 83/2008 Castilla y León). Cabe precisar, sin embargo, cómo la medida no determina un aumento del número de personas con discapacidad a computar para alcanzar el 2% de los efectivos totales, pues por definición serán trabajadores ya vinculados con la respectiva Administración y, por ello, ya incluidos en ese porcentaje general. Por el contrario, alguna normativa autonómica que incide en el asunto, lo hace desde una concepción global de la cuota para considerar potestativamente su aplicación «a cualquier convocatoria de ingreso, en cualquiera de sus modalidades y la promoción interna» (art. 2.7 Decreto 36/2004, Baleares).

#### 4.2. La persona con discapacidad en el proceso selectivo.

El establecimiento de un porcentaje específico para ser cubierto por discapacitados supone una excepción «por razones muy respetables» al principio de mérito y capacidad aplicable a las Administraciones Públicas en la selección de su personal <sup>38</sup>. Lo anterior no significa, desde luego, una exoneración total de los requisitos exigibles a cualquier persona, sino una simple atemperación de los mismos, por lo que la cuota «no supone una dispensa de aptitud para el desempeño de las funciones públicas a que aspiran, ya que deberán superar los procesos selectivos, acreditar su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las funciones y tareas a que aspiran, limitándose pues el efecto de la norma a la no aplicación del principio de mérito, es decir, a posponer a favor de los discapacitados con menor puntuación en los procesos selectivos a otros aspirantes (no discapacitados) de mayor mérito» <sup>39</sup>; no en vano, el artículo 1.3 del RDAEP anuncia que el acceso de este colectivo al empleo público «se inspirará en los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación, accesibilidad universal y compensación de desventajas» (en igual sentido, por ejemplo, art. 1.3 Decreto 93/2006, Andalucía).

<sup>37</sup> Sin perjuicio de otros apartados del estudio, cabe afirmar ahora que las bolsas de empleo suelen ser específicas cuando se trata de convocatorias independientes, y de ser ordinarias con turno de reserva ofrecer criterios diversos que favorezcan el llamamiento de discapacitados; para apreciar detalladamente algunos ejemplos, baste remitir a los artículos 15 Decreto 83/2008, Castilla y León, 13 Decreto 93/2006, Andalucía, 23 Decreto 54/2006, Madrid. Por otra parte, y con similar intención, algunas autonomías implementan programas experimentales de ocupación en puestos no permanentes con condiciones de acceso excepcionales y para discapacitados en circunstancias especiales (arts. 16 RD 83/2008, Castilla y León, o 9 Decreto 51/2008, La Rioja).

<sup>38</sup> PARADA, R.: *Derecho del empleo Público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid (Marcial Pons), 2007, págs. 138-139. En general, sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad, PUERTA SEGUIDO, F.: «El acceso al empleo público», en AA.VV. (ORTEGA ÁLVAREZ, L.): *Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid (La Ley), 2007, págs. 398 y ss.

<sup>39</sup> PARADA, R.: *Derecho del empleo Público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 140.

#### 4.2.1. Requisitos exigidos.

La participación en un proceso selectivo público por el turno de reserva exige, en primer lugar y de forma específica, ostentar una discapacidad igual o superior al 33% o estar en alguna de las situaciones asimiladas contenidas en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003; en segundo término, reunir los requisitos generales listados en el artículo 56.1 del EBEP<sup>40</sup>, como son los de tener la nacionalidad española; poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas; tener cumplidos dieciséis años y no exceder, en su caso, de la edad máxima de jubilación forzosa, salvo que por Ley se fijara otra distinta; no haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio ni hallarse en inhabilitación absoluta o especial para empleos o cargos públicos por resolución judicial; poseer la titulación exigida; conocer la lengua cooficial en la Comunidad Autónoma, en su caso (art. 56.2 EBEP)<sup>41</sup>; o, en fin, y dejando abierto el elenco, cualesquiera otros que con carácter singular puedan fijarse por su relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar, los cuales habrán de ser establecidos de manera abstracta y general (art. 56.3 EBEP)<sup>42</sup>.

A buen seguro, la mayor singularidad la merece el relativo a la capacidad funcional para el desempeño de las tareas<sup>43</sup>, con una nueva –y políticamente correcta– redacción de lo que el artículo 30 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado expresaba como «no padecer enfermedad o defecto físico impositivo del desempeño de las correspondientes funciones»<sup>44</sup>. Este requisito ha de ponerse necesariamente en relación con el concreto puesto de trabajo a cubrir<sup>45</sup>, por lo que nada impide que, aun existiendo minusvalía, la misma no impida desempeñar validamente la función de que se trate por alcanzar una capacidad funcional específicamente suficiente<sup>46</sup>; al contrario, las especiales condiciones de accesibilidad no pueden amparar una modificación de los requisitos de titulación exigidos legalmente (art. 3.2 y 3 Decreto 83/2008, Castilla y León). En definitiva, y pese a la falta de claridad del legislador estatal, «aun cuando es procedente exigir determinados requisitos de aptitud física y mental,

<sup>40</sup> Sobre los mismos, LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, cit., págs. 99 y ss.; PUERTA SEGUIDO, F.: «El acceso al empleo público», cit., págs. 409 y ss. o PÉREZ GÓMEZ, J.M.: «Requisitos generales», en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2008, págs. 495 y ss.

<sup>41</sup> Requisito flexibilizado para este colectivo en alguna autonomía al afirmar su norma reguladora cómo «mediante resolución del consejero competente en materia de función pública, para los aspirantes que por medio de un informe de la Dirección General de Atención a la Dependencia acrediten sordera prelocutiva profunda, severa o media, la exigencia del requisito de conocimientos de catalán se adecuará de acuerdo con el alcance de la discapacidad, con los informes previos adecuados», artículo 1.5 Decreto 36/2004, Baleares.

<sup>42</sup> Criterio admitido desde hace tiempo en SSTCo 42/1981, de 22 de diciembre; 148/1986, de 25 de noviembre; 27/1991, de 14 de febrero; o 48/1998, de 2 de marzo.

<sup>43</sup> Expresión procedente del lenguaje técnico sanitario y que venía siendo utilizada en las propias convocatorias de procesos selectivos y, ocasionalmente, por la jurisprudencia en pronunciamientos como STS 29 mayo 1989 (RJ 3920), PÉREZ GÓMEZ, J.M.: «Requisitos generales», cit., pág. 498.

<sup>44</sup> PARADA, R.: *Derecho del empleo Público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 151.

<sup>45</sup> PUERTA SEGUIDO, F.: «El acceso al empleo público», cit., pág. 428.

<sup>46</sup> PÉREZ GÓMEZ, J.M.: «Requisitos generales», cit., pág. 499.

nada puede justificar condiciones incompatibles con la no discriminación de las personas con discapacidad... De manera que el candidato discapacitado sólo puede ser excluido de un proceso selectivo en función de los requisitos de idoneidad físico-psíquicos exigidos en cada puesto a cubrir y no por cualquier otra sin vinculación con las tareas»<sup>47</sup>.

Una de las cuestiones con mayor relevancia viene dada por la determinación del momento preciso y la forma a seguir al objeto de acreditar tanto la condición de persona con discapacidad como la capacidad funcional. Así, y como consta, la pertenencia al colectivo vendrá corroborada con el oportuno certificado librado al efecto por los órganos competentes del Ministerio de Trabajo o de la respectiva Comunidad Autónoma (art. 2.1 RDAEP) o conforme al artículo 2 del Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el cual se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003; por otro lado, la aptitud para el ejercicio de las funciones correspondientes habrá de quedar igualmente constatada mediante «dictamen vinculante expedido por el equipo multiprofesional competente» (art. 38.2 LISMI) o por la entidad autonómica competente.

Mayores comentarios merece el aspecto temporal. En este sentido, el artículo 2.1 de la norma reglamentaria parece imponer en el comienzo del proceso no sólo la declaración expresa de optar por las plazas reservadas sino también la acreditación formal de la discapacidad, si bien la legislación autonómica permite hacerlo, con mayor flexibilidad y entre otras posibilidades, «antes del comienzo de la primera prueba selectiva» (art. 5.2 Decreto 66/1999, Cataluña) o al final, dentro del plazo estipulado para presentar la documentación relativa al conjunto de requisitos fijados por la convocatoria, una vez ganada la plaza y antes de tomar posesión o formalizar el contrato (arts. 10.4 y 20 Decreto 54/2006, Madrid, 2.6 y 3.2 Decreto 36/2004, Baleares, 11.1 RD 83/2008, Castilla y León o art. 7.1 Decreto 51/2008, La Rioja), añadiendo en algún caso expresamente la lógica exigencia de que el aspirante reúna tal condición el día de finalización del plazo de presentación de solicitudes y la mantenga al momento de ingresar como personal funcionario o laboral (arts. 11.1 RD 83/2008, Castilla y León, 10.4 Decreto 54/2006, Madrid o 9.1 Decreto 93/2006, Andalucía), pues de lo contrario no procederá el nombramiento, en tanto a la obligación de comunicar al órgano gestor del proceso selectivo cualquier modificación producida en su grado o tipo de discapacidad durante el desarrollo ha de sumarse la anulación de las actuaciones y una eventual responsabilidad por falsedad (arts. 11.1 RD 83/2008, Castilla y León y 20 Decreto 54/2006, Madrid).

Por cuanto hace a la capacidad funcional, el artículo 38.3 de la LISMI prevé la emisión del oportuno informe igualmente «con anterioridad a la iniciación de las pruebas selectivas», opción reiterada en alguna de las normas autonómicas (art. 3 Decreto 36/2004, Baleares y 5.2 Decreto 43/1998, Canarias). Sin embargo, en otros supuestos el trámite es exigido «antes del nombramiento de funcionario o de la formalización del correspondiente contrato de trabajo» (art. 12 RD 83/2008, Castilla y León), «en el momento de la petición de destino» (art. 9.2 Decreto 93/2006, Andalucía) o «al presentar la documentación para ser nombrado o contratado, igual que el resto de aspirantes» (arts. 5.1 Decreto 66/1999, Cataluña y 20.1 Decreto 54/2006, Madrid); en semejantes términos, el

<sup>47</sup> GOÑI SEIN, J.L.: «Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. La adquisición y pérdida de la relación de servicio», cit., pág. 180.

artículo 10 del RDAEP, y sin perjuicio de los certificados e informes exigidos para proceder a las adaptaciones de las pruebas (art. 8), parece presumir la idoneidad cuando sólo requiere acreditar documentalmente la procedencia de las adaptaciones solicitadas del puesto y la compatibilidad con el desempeño de las funciones que tenga atribuidas, la cual precisamente será valorada en función de las modificaciones que puedan realizarse. Precisamente, todo ello tendrá lugar con posterioridad al proceso de selección, si en la adjudicación de destinos correspondiente a las pruebas de nuevo ingreso o promoción interna se ha solicitado dicha adaptación, o en un momento anterior si el requerimiento de los ajustes hubiera tenido lugar en la solicitud de participación en el procedimiento de provisión, en cuyo caso «el aspirante podrá participar de forma condicionada, quedando en suspenso la resolución definitiva sobre la admisión o exclusión del proceso hasta la recepción del informe»<sup>48</sup>. Igual participación condicionada se produce si «el órgano de selección, durante el desarrollo de los procesos selectivos dudara de la capacidad del aspirante que opta a participar en el turno de personas con discapacidad para el ejercicio de las funciones y tareas propias del cuerpo, escala o categoría, pudiendo solicitar dictamen adicional de compatibilidad funcional a la Gerencia de Servicios Sociales», incluso con trámite de audiencia al interesado para efectuar las alegaciones que estime oportunas (arts. 11.2 RD 83/2008, Castilla y León, 4.3 Decreto 36/2004, Baleares y 16 y 20.2 Decreto 54/2006, Madrid).

En definitiva, y con el objeto de evitar negaciones absurdas del principio de igualdad de condiciones que las citadas normas proclaman, todos los requisitos en general y éstos en particular habrán de ser acreditados por cuantos participantes concurren –con discapacidad o sin ella– cuando así lo disponga la convocatoria, lo cual en la práctica variará en función de la concreta Administración y de los cuerpos y escalas, para fijarlo en un momento anterior o posterior (una vez finalizado el proceso selectivo y superadas las pruebas)<sup>49</sup>, si bien lo ideal sería hacerlo respecto de ambos en un mismo momento (arts. 1 Decreto 47/2003, Extremadura, 1 Ley 12/2001, Castilla-La Mancha o 7.1 Decreto 51/2008, La Rioja).

En fin, huelga recordar cómo la exigencia adicional de satisfacer la correspondiente tasa o derechos de examen queda eximida en alguna normativa autonómica para «los aspirantes que acrediten tener un grado de discapacidad igual o superior al 33%, con independencia del turno por el que concurren» (arts. 9 Decreto 83/2008, Castilla y León, 6 Decreto 47/2003, Extremadura, 8 Decreto 54/2006, Madrid y 15 Decreto 93/2006, Andalucía).

#### 4.2.2. Modalidades del proceso selectivo.

A la hora de garantizar una participación en igualdad de condiciones, la reserva de plazas en el empleo público para personas con discapacidad admite –al menos– una doble variante orga-

<sup>48</sup> LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, cit., págs. 123 y 124, aludiendo al Dictamen de la Comisión Superior de Personal del Ministerio de Administraciones Públicas, núm. 170, de 22 de octubre de 2001.

<sup>49</sup> CASADO PÉREZ, D.: «Introducción. El programa pro acceso de las personas con discapacidad al empleo público del Real Patronato», en *Real Patronato sobre Discapacidad: Acceso de las personas con discapacidad al empleo público. 1985-1999*, Madrid, 2002, 13.ª ed., pág. 11.

nizativa del proceso selectivo en atención a su concurrencia o no con el resto de aspirantes, sin que ello suponga infracción del artículo 23.2 de la CE, «ya que se trata de una desigualdad positiva justificada en la protección de otros bienes constitucionales»<sup>50</sup>. Tal posibilidad queda abierta por el artículo 61.1 del EBEP y concretada por el artículo 2.2 del RDAEP, el cual ofrece dos alternativas al permitir que las plazas reservadas para personas con discapacidad puedan «incluirse dentro de las convocatorias de plazas de ingreso ordinario o convocarse en un turno independiente». Nada impide, desde luego, que una persona con discapacidad concurra a un proceso selectivo ordinario en el cual no exista cupo de reserva o por el turno libre si existe, en cuyo caso subsistirá su derecho a la adaptación de tiempos y medios (como precisa el art. 11 Decreto 54/2006, Madrid), pero no los beneficios de discriminación positiva expuestos a continuación, aun cuando hubiera sido recomendable incluir –al menos– la previsión de reconocer mejor derecho al discapacitado en caso de empate en la puntuación.

#### A) Convocatoria ordinaria con reserva de plazas para personas con discapacidad.

En la primera variante, existirá una única «convocatoria ordinaria» de plazas con dos turnos diferentes –uno libre y otro para personas con discapacidad– pero excluyentes –pudiendo concursar por uno u otro, pero no por ambos (Exposición de Motivos y art. 2.1 RDAEP y arts. 2.6 Decreto 36/2004, Baleares y 4.4 Decreto 51/2008, La Rioja)–<sup>51</sup>. Además, ambos tendrán «idéntico contenido» (art. 3.3 RDAEP, precepto reiterado en toda su extensión en arts. 5.2 Decreto 83/2008, Castilla y León o 6 Decreto 93/2006, Andalucía), lo cual determina que todos los aspirantes, con independencia de la modalidad bajo la cual participen, habrán de superar los mismos ejercicios (como especifica el art. 10.5 Decreto 54/2006, Madrid) y con iguales criterios de corrección<sup>52</sup>, de tal forma que las pruebas serán «coincidentes en lo relativo al sistema de acceso, tipo y número de ejercicios (incluido el eventual curso selectivo o práctico, art. 6.2 Decreto 36/2004, Baleares), temario y órgano de selección» (arts. 2 Decreto 47/2003, Extremadura y 4.3 Decreto 51/2008, La Rioja).

Siendo así, el sentido de la reserva viene dado entonces por el hecho de que cuantos participen por el turno de discapacitados competirán exclusivamente entre ellos, mas no con los del turno libre de la misma convocatoria ordinaria<sup>53</sup>. Por tal motivo, aun cuando hayan de alcanzar el mínimo

<sup>50</sup> Citando la STCo 269/1994, de 3 de octubre, SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios», cit., pág. 403.

<sup>51</sup> En efecto, la Exposición de Motivos del RDAEP establece expresamente que «la persona con discapacidad conserva siempre la posibilidad de optar entre el turno libre y el turno reservado», añadiendo su artículo 2.1 cómo «la opción a estas plazas reservadas habrá de formularse en la solicitud de participación». Con idéntico tenor, la normativa autonómica reitera esa prohibición con la inclusión de un precepto del siguiente estilo: «Quienes participen en los procesos selectivos para ingreso en un determinado cuerpo, escala o, en su caso, especialidad, o en una categoría profesional, por el turno de discapacitados, no podrán participar en los procesos selectivos para ingreso en los mismos por el sistema general de acceso libre».

<sup>52</sup> STS, Cont.-Admtivo., 20 abril 1993 (RJ 5119). Y ello con el fin de «garantizar que dicho acceso, lejos de tener presente como criterio de valoración la discapacidad, se efectúa conforme a los principios constitucionales de mérito y capacidad», AA.VV.: *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, cit., pág. 361.

<sup>53</sup> Más gráficamente, no con la totalidad de los aspirantes, «sino sólo con los de su condición, si es que los hubiere» [STSJ, Cont.-Admtivo., Murcia 18 diciembre 2002 (JUR 2003/16248)], y sin que ello signifique «quebranto del principio de igualdad que garantizan los arts. 14 y 23.2 CE», STS, Cont.-Admtivo., 20 abril 1993 (RJ 5119).

común prefijado, «para ser definitivamente nombrados el resultado de sus calificaciones únicamente tiene que ser contrastado con el que hayan obtenido los aspirantes que hubieran acudido al proceso selectivo a través del mismo cupo de plazas reservadas»<sup>54</sup>; es decir, deben aprobar y «obtener la puntuación más alta de entre quienes participan por el turno de discapacidad»<sup>55</sup>. Eso sí, la mentada reducción del número de competidores normalmente implicará que estos participantes del turno de reserva «puedan superar el proceso selectivo con una puntuación inferior a la que hubieran debido obtener en el turno libre para ser seleccionados. Esto no quiere decir que la opción por el cupo de reserva garantice la obtención de una plaza (ni siquiera cuando el número de candidatos es inferior al de plazas del cupo), porque [cabe reiterar] es necesario que, al igual que en el turno libre, el candidato demuestre que posee el nivel mínimo exigido en la convocatoria para superar cada uno de los ejercicios»<sup>56</sup>. Como excepción, no obstante, resulta perfectamente posible que alguna de las personas con discapacidad presentada por el cupo haya superado los ejercicios correspondientes pero no obtenga plaza por haber existido otros discapacitados –tantos como plazas reservadas– con mejor nota; ante tal eventualidad, «si su puntuación fuera superior a la obtenida por otros aspirantes del sistema de acceso general, será incluido por su orden de puntuación» en el mismo (art. 3.2 RDAEP y arts. 2 Decreto 47/2003, Extremadura, 17.3 Decreto 54/2006, Madrid y 4.2 Decreto 93/2006, Andalucía).

Sea como fuere, y como regla general, durante el procedimiento selectivo los dos turnos tendrán un tratamiento diferenciado e independiente en lo referido a relaciones de admitidos, llamamientos a los ejercicios y listas de aprobados (arts. 3.3 RDAEP y 4.5 Decreto 51/2008, La Rioja), pudiendo incluso separar las pruebas de unos y otros antes de su corrección para calificar en primer lugar a quienes concurren por el cupo (art. 17.1 Decreto 54/2006, Madrid)<sup>57</sup>. En cambio, una vez finalizado el proceso, será necesario elaborar una relación única –determinante para la petición y adjudicación de destinos– incluyendo a todos los candidatos que hubieran superado cada una de las pruebas, ordenados por la puntuación total obtenida con independencia del turno por el que hayan participado (arts. 3.3 RDAEP o 5.2 Decreto 83/2008, Castilla y León)<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> STS, Cont.-Admtivo., 18 octubre 2007 (RJ 7487); en el mismo sentido, SSTSJ, Cont.-Admtivo., Cataluña 27 septiembre 2002 (JUR 2003/17341) y 8 marzo 2005 (JUR 116617) o Aragón 16 mayo 2005 (JUR 195791).

<sup>55</sup> SSTSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 29 noviembre 2000 (JUR 2001/110252), Murcia 18 diciembre 2002 (JUR 2003/16248) o Baleares 17 octubre 2007 (JUR 2008/41264).

<sup>56</sup> De hecho, «la existencia de un número de plazas reservadas no implica que hayan de ser cubiertas en todo caso, ya que no puede ser seleccionado ningún aspirante que no demuestre unas aptitudes y conocimientos suficientes». Insuperable la síntesis –por sencilla, aclaratoria y expositiva– contenida en los Dictámenes de la Comisión Superior de Personal del Ministerio de Administraciones Públicas núm. 130, de 15 de abril de 1993, y núm. 170, de 22 de octubre de 2001, ambos extraídos de LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, cit., págs. 121-122 y 126, respectivamente.

<sup>57</sup> Debiendo también ser aceptada la opción contraria, pues «es perfectamente posible (y razonable) que el Tribunal quiera preservar el anonimato de los mismos cuando tenga que efectuar la calificación», STSJ, Cont.-Admtivo, Madrid 29 noviembre 2000 (JUR 2001/110252).

<sup>58</sup> Solamente una normativa autonómica se aparta de las previsiones comunes indicadas en texto; en concreto, el artículo 6 del Decreto 93/2006, Andalucía, contempla un tratamiento único para los dos turnos en lo referido a las relaciones de admitidos y llamamientos a los ejercicios y diferenciado para la relación de aprobados, oferta de plazas, petición y adjudicación de destino.

A la luz de las anteriores previsiones legales, no cabe sino rechazar algún pronunciamiento judicial que –bien por ser anterior a la normativa estatal y básica actualmente vigente, bien por contrariarla aun siendo posterior– ofrecía conclusiones opuestas e incompatibles, como aquélla conforme a la cual cabe exigir en la propia convocatoria una nota mínima distinta –y menor– a la fijada para los aspirantes no discapacitados<sup>59</sup>. Precisamente –y resumiendo–, características fundamentales de esta modalidad de selección (no así de otras) son el establecimiento de «un nivel mínimo de idoneidad común para los aspirantes que concurren por el cupo de discapacidad y para los que lo hagan por el sistema general, de acuerdo con los criterios que se establezcan en la correspondiente convocatoria» (art. 17 Decreto 54/2006, Madrid), pero con la competencia limitada a quienes integran cada uno de los mismos, lo cual –eso sí– puede determinar una «nota de corte» distinta (normalmente inferior) al turno libre.

Por otra parte, y aun cuando sólo indirectamente relacionada con la cuota, a la hora de asignar el puesto concreto en el escalafón alguna normativa autonómica añade una preferencia del discapacitado participante del turno específico para ocupar el primer lugar de entre cuantos aspirantes empaten en la puntuación final obtenida en el proceso selectivo (art. 18, Decreto 54/2006, Madrid), «circunstancia que se aplicará con carácter previo a los criterios generales de prelación establecidos en las correspondientes bases de la convocatoria» (art. 5.2. *in fine* Decreto 83/2008, Castilla y León); otros la reconocen también para elegir entre las vacantes ofertadas, si bien únicamente para la provisión del primer destino por su carácter forzoso, artículo 4.5 Decreto 51/2008, La Rioja; en fin, y como otra posibilidad más, le permiten «solicitar al órgano convocante la alteración del orden de prelación para la elección de las plazas dentro del ámbito territorial que se determine en la convocatoria, por motivos de dependencia personal, dificultades de desplazamiento u otras análogas, que deberán ser debidamente acreditados. El órgano convocante decidirá dicha alteración cuando se encuentre debidamente justificado, y deberá limitarse a realizar la mínima modificación en el orden de prelación necesaria para posibilitar el acceso al puesto de la persona discapacitada» (art. 9 RDAEP y arts. 10.1 RD 83/2008, Castilla y León, o 8 Decreto 66/1999, Cataluña).

## B) Convocatoria independiente y exclusiva para personas con discapacidad.

Como segunda posibilidad, el órgano convocante está facultado para solicitar al Ministerio de Administraciones Públicas –o a quien corresponda en el ámbito autonómico– la realización de convocatorias independientes, por no estar supeditadas a las ordinarias, destinadas en exclusiva a los discapacitados (art. 4 RDAEP o 7 Decreto 93/2006, Andalucía) y para cubrir un número determinado de plazas que en todo caso computarán en el cupo previsto por la oferta de empleo público y en el porcentaje global de reserva exigido legalmente (arts. 6 y 7.5 Decreto 83/2008, Castilla y León). En tal caso, «las convocatorias de estas plazas, su ejecución y desarrollo, y la realización de las pruebas o exámenes, se efectuarán independientemente de las del resto de aspirantes del turno libre y del turno de discapacidad» (art. 3 Decreto 47/2003, Extremadura).

<sup>59</sup> Como admitía la STSJ, Cont.-Adm. Tivo., Andalucía/ Granada 29 octubre 2002 (JUR 18095).

Aun cuando es posible encauzar por entero la cuota a través de estas convocatorias independientes (como dispone el art. 1.1 Ley 12/2001, Castilla-La Mancha), resulta más frecuente y adecuado combinarlas con la modalidad anterior y utilizarlas para la cobertura de plazas de ordinario pertenecientes a categorías con un trabajo nula o escasamente técnico y cualificado, máxime si la propia reserva genérica aparece subdividida y repartida en función del tipo de discapacidad. Así, por ejemplo, puede venir establecida para «personas con discapacidad psíquica con origen en retraso mental» (art. 12 Decreto 54/2006, Madrid o 3 Decreto 47/2003, Extremadura), ya sea en grado «leve o moderado» (art. 12.3 Decreto 93/2006, Andalucía); para «personas con discapacidad intelectual moderada, ligera o límite y para personas con sordera prelocutiva profunda, severa o media» (art. 1.4 Decreto 36/2004, Islas Baleares); en fin, por no seguir, para quienes presenten especiales dificultades para el acceso al empleo, entendiéndose por tales a cuantos tengan una discapacidad intelectual con un grado reconocido igual o superior al 33% o una física o sensorial en grado igual o superior al 75% (arts. 4.4, 6 y 7.1 Decreto 83/2008, Castilla y León).

En principio, las pruebas «tendrán el mismo contenido y grado de exigencia que las que se realicen en las convocatorias ordinarias» (arts. 4 RDAEP y 7 Decreto 93/2006, Andalucía y 5.2 Decreto 51/2008, La Rioja). No obstante, en los supuestos descritos suelen ir dirigidas expresamente, y en esencia, a comprobar que los aspirantes poseen los repertorios básicos de conducta y los conocimientos imprescindibles para el desempeño de las funciones propias del puesto –motivo por el cual pueden otorgar prevalencia a los ejercicios prácticos (art. 7.2 Decreto 83/2008, Castilla y León)<sup>60</sup>–, es decir, que se concibe la posibilidad de realizar pruebas distintas y menos rígidas al afirmar cómo «las convocatorias de estas plazas, su ejecución y desarrollo, y la realización de las pruebas o exámenes, se efectuarán independientemente de las del resto de aspirantes del turno libre y del turno de discapacidad» (art. 3 Decreto 47/2003, Extremadura). En su defecto, cabría al menos «establecer la exención de alguna de las pruebas o la modulación de las mismas a fin de posibilitar efectivamente el acceso al empleo público» (art. 12.3 Decreto 93/2006, Andalucía).

En fin, al igual que para el supuesto precedente, resulta incompatible concurrir al tiempo en esta convocatoria independiente y en otra ordinaria (ya sea sin cupo o con el y, en tal caso, ya sea por el turno libre o por el de discapacitados) para acceder al mismo cuerpo, escala o categoría (arts. 7.5 Decreto 36/2004, Baleares, 1.3 Ley 12/2001, Castilla-La Mancha, 3 Decreto 47/2003, Extremadura o 12.2 Decreto 54/2006, Madrid), «cuando dichos turnos se convoquen en ejecución de la misma Oferta de Empleo Público» (art. 12.4 Decreto 93/2006, Andalucía).

#### 4.2.3. Adaptaciones en la realización de las pruebas.

Desde luego, lo idóneo sería organizar los procesos de forma tal que no resultara necesario realizar adaptación alguna; no obstante, y siendo consciente de tan utópica pretensión, una mínima

<sup>60</sup> CORDERO GORDILLO, V.: «El acceso al empleo público de las personas con discapacidad», cit., págs. 7 y 8, reproduce un significativo criterio del Defensor del Pueblo Andaluz para eximir de exámenes teóricos, pues «resulta cuestionable que el nivel de exigencia sea el mismo en todo caso. En particular, a las personas con discapacidad intelectual, aun con las adaptaciones precisas, les resulta muy difícil, por no decir imposible, superar las pruebas memorísticas que suelen utilizarse en la práctica totalidad de los procesos selectivos (por ejemplo exámenes tipo test), las cuales además no sirven para valorar la aptitud para desempeñar muchos puestos de trabajo».

coherencia con el espíritu de la legislación aplicable debería llevar –por ejemplo– a elegir como sede de las diversas pruebas lugares libres de trabas arquitectónicas y con la consideración de instalaciones adaptadas conforme a la normativa nacional y autonómica de accesibilidad y eliminación de barreras aplicable a los edificios de uso público <sup>61</sup>.

Junto a lo anterior, observando y reiterando el mandato contenido en el artículo 59.2 del EBEP, el artículo 8.1 del RDAEP (reiterado casi literalmente en arts. 13.1 RD 83/2008, Castilla y León, 8.2 Decreto 93/2006, Andalucía, o 6.1 Decreto 51/2008, La Rioja) exige a las Administraciones Públicas establecer las adaptaciones y los ajustes razonables y necesarios de tiempo y medios en la realización de los procesos selectivos con el fin de asegurar a las personas con discapacidad una participación en condiciones de igualdad <sup>62</sup>, y ello con independencia de su participación por el turno libre, por el de reserva o a través de convocatoria independiente (art. 4 Decreto 47/2003, Extremadura) <sup>63</sup>.

Tal posibilidad ha de aparecer indicada en la convocatoria y será efectiva cuando el aspirante discapacitado lo haya pedido de forma expresa en la instancia de participación (art. 4 Decreto 47/2003, Extremadura; art. 3 Ley 12/2001, Castilla-La Mancha), debiendo hacer referencia a sus necesidades específicas y adjuntando «el Dictamen Técnico Facultativo emitido por el órgano técnico de calificación del grado de minusvalía competente, acreditando de forma fehaciente, la/s deficiencia/s permanentes que han dado origen al grado de minusvalía reconocido» (como exigen los arts. 4.2 OATAPS y 13.2 RD 83/2008, Castilla y León o 8.3 Decreto 93/2006, Andalucía) o –facilitando la labor– indicando «el Centro de Valoración de la Discapacidad del que dependen» (art. 6.2 Decreto 66/1999, Cataluña). Adicionalmente, a la hora de valorar el requerimiento, el órgano de selección podrá requerir informe o colaboración de los órganos técnicos de la Administración laboral, sanitaria o de los órganos competentes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (arts. 8.2 RDAEP, 13.2 RD 83/2008, Castilla y León, y 4.2 Decreto 36/2004, Baleares), así como cualquier otro certificado o información adicional (art. 8.5 RDAEP y 8.6 Decreto 93/2006, Andalucía). Por otra parte, y en cuanto esa necesidad puede surgir de manera sobrevenida, no estaría de más contemplar la posibilidad de solicitarlo con posterioridad y antes de la celebración de las pruebas (art. 9.2 y 4 Decreto 54/2006, Madrid).

Entrando a analizar las adaptaciones previstas, la primera de ellas consistirá en «la concesión de un tiempo adicional para la realización de los ejercicios» (art. 8.3 RDAEP) con la finalidad de

<sup>61</sup> Así lo prevé el artículo 13 Decreto 54/2006, Madrid, el cual permite al Tribunal calificador, con el objeto de garantizar la idoneidad de los lugares, recabar informe de los órganos técnicos competentes.

<sup>62</sup> También se contemplan las adaptaciones necesarias una vez superado el proceso selectivo y obtenido el puesto de trabajo; al respecto, MORENO MENDOZA, D.: «Las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de los empleados públicos con discapacidad: consideraciones a propósito del artículo 59.2 de la Ley 7/2007», *Actas del XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El Estatuto Básico del Empleado Público*, 2008.

<sup>63</sup> En igual sentido, SAN, Cont.-Adm. tivo., 17 marzo 1998 (RJCA 846) y Dictamen de la Comisión Superior de Personal del Ministerio de Administraciones Públicas, núm. 170, de 22 de octubre de 2001, extraído de LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2005, pág. 126.

cumplir con los principios «de igualdad de oportunidades, no discriminación, accesibilidad universal y compensación de desventajas» (art. 5.1 OATAPS). Las pocas previsiones de la norma básica y supletoria aparecen completadas por la OATAPS (a la cual se remite expresamente alguna normativa autonómica mientras no exista regulación propia, art. 13.3 RD 83/2008, Castilla y León), la cual contiene un Anexo con el Baremo denominado «Criterios generales para las adaptaciones de tiempos, prueba oral y/o escrita según deficiencias y grados de discapacidad», referentes a tomar en consideración por el órgano de selección a la hora de valorar su procedencia. Junto a los informes y certificados mencionados, y a estos exclusivos efectos, el tribunal podrá requerir a los órganos técnicos de calificación del grado de minusvalía para que, en el plazo de un mes, y «previo conocimiento de las exigencias de las pruebas, de los medios disponibles aceptados por el órgano de selección y de las capacidades del aspirante», emitan informe sobre la necesidad de los ajustes, «haciendo constar necesariamente tanto la idoneidad de adecuar la prueba y tiempos recomendados como, en su caso, consideraciones técnicas» (art. 5.6 OATAPS). En la práctica, a la hora de aplicar la regulación legal, «se constata que cada tribunal aplica los criterios que considera oportunos, generalmente de modo benévolo, aunque sin criterio uniforme y se conceden graciosamente porque los miembros no se sienten en condiciones de juzgar la necesidad o no de la petición»<sup>64</sup>.

De otra parte, la adaptación de medios implica «la puesta a disposición del aspirante de los medios materiales y humanos, de las asistencias y apoyos y de las ayudas técnicas y/o tecnologías asistidas que precise para la realización de las pruebas en las que participe, así como en la garantía de la accesibilidad de la información y la comunicación de los procesos y la del recinto o espacio físico donde éstas se desarrollen» (arts. 8.4 RDAEP y 13.4 RD 83/2008, Castilla y León o 8.5 Decreto 93/2006, Andalucía), a lo que alguna Comunidad Autónoma añade un criterio economicista –tal vez excesivo– consistente en considerar «que no comporten un gasto excesivo», a cuyo efecto podrán solicitar un informe adicional a los equipos de valoración multiprofesionales (art. 6.2 Decreto 66/1999, Cataluña). Como cabe imaginar, los ejemplos típicos de esta adaptación de medios vienen dados por la asistencia de intérpretes de lenguas de signos, la ampliación de la letra del examen, la celebración de las pruebas en edificios y aulas accesibles, el empleo del sistema Braille, etc.; sobre su efectividad, «los informantes consultados sostienen que no se dan normalmente problemas en las adaptaciones que se solicitan, pues la mayoría de ellas consisten en cosas sencillas y se resuelven en el seno del tribunal, aplicando el sentido común»<sup>65</sup>.

Solicitada la adaptación de tiempos y/o medios, el tribunal no debe limitar su actuación a reconocerla de forma automática, sino a valorar las circunstancias específicas y la información de la que

<sup>64</sup> En un estudio centrado en Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid, ÁLVAREZ PRIETO, J.J. y ROJO ALCALDE, J.: «Factores personales, familiares, sociales e institucionales del acceso de las personas con discapacidad al empleo público», cit., pág. 34.

<sup>65</sup> Continúa afirmando que, «sin embargo, cuando se analiza la aplicación de estas medidas se constata que se da gran disparidad en las actuaciones. En unos casos la única adaptación es facilitar el acceso al lugar de examen o cualquier otra medida similar que requiera la discapacidad física de que se trate, sin que haya verdaderas adaptaciones de las pruebas. En otros casos, como en las pruebas físicas para puestos de baja cualificación, se exige un nivel de rendimiento menor para los participantes por el cupo de reserva», ÁLVAREZ PRIETO, J.J. y ROJO ALCALDE, J.: «Factores personales, familiares, sociales e institucionales del acceso de las personas con discapacidad al empleo público», cit., pág. 34.

dispone para concederla únicamente cuando la discapacidad guarde relación directa con la prueba a realizar (arts. 8.5 RDAEP, 5.2 OATAPS y 8.6 Decreto 93/2006, Andalucía) y exista «congruencia entre la adaptación que se solicita y la naturaleza del ejercicio para el que se pide, sin que pueda desvirtuar el sentido del ejercicio» (arts. 9.1 Decreto 54/2006, Madrid y 13.1 RD 83/2008, Castilla y León). A estos efectos, conviene precisar cómo el ajuste de los tiempos puede ser calificado como un recurso de segundo orden o subsidiario, pues sólo cabrá considerar que la persona presenta especiales dificultades y procede tal adaptación cuando, habiendo recurrido primero a la modificación de los medios, subsistan deficiencias incluidas en el Anexo OATAPS.

Por si duda hubiere, las adaptaciones no quedan referidas en exclusiva a las pruebas desarrolladas en el proceso selectivo, sino que habrán de ser acometidas igualmente en los cursos de formación y en los periodos de prácticas previstos en la convocatoria para la adjudicación final de la plaza (arts. 8.1 RDAEP o 9.6 Decreto 54/2006, Madrid, 4.2 Decreto 36/2004, Baleares, 8.2 Decreto 93/2006, Andalucía, art. 6.1 Decreto 51/2008, La Rioja).

En fin, con la finalidad de perfeccionar el mecanismo y profundizar en la igualdad de condiciones, alguna normativa autonómica contempla la elaboración por el Tribunal de una memoria descriptiva «de las actuaciones realizadas en relación con los aspirantes que han concurrido en los procesos selectivos por el cupo de discapacidad, y de aquellos que han solicitado adaptación de tiempo, de medios o de ambos», la cual irá dirigida al órgano convocante para realizar un análisis capaz de permitir la introducción de mejoras e impulsar el acceso al empleo público de las personas con discapacidad en futuros procesos (art. 19 Decreto 54/2006, Madrid).

### 4.3. Subsistencia de vacantes tras la convocatoria.

El hecho de fijar en la oferta de empleo público una determinada reserva de plazas para personas con discapacidad no supone necesariamente su total cobertura, de tal forma que la existencia de vacantes tras los oportunos procesos selectivos no determina por sí misma un incumplimiento de la obligación legal; cuestión diversa –y que ahora interesa– es el destino que proceda dar a las mismas.

Una primera alternativa viene dada por el artículo 3.2, 2.º párrafo, RDAEP, el cual impone cuando no se hubiera alcanzado la tasa del 3% del conjunto de las plazas convocadas la acumulación al cupo correspondiente a la siguiente oferta de empleo público hasta un máximo del 10%<sup>66</sup>; similar previsión aparece reiterada en alguna normativa autonómica, eliminando el mínimo y aumentando el tope (elevado hasta el 15%, art. 5.1 Decreto 83/2008, Castilla y León); añadiendo la lógica y oportuna precisión de que, en consecuencia, no incrementarán «las convocadas por el turno libre» (junto al anterior, art. 2 Decreto 47/2003, Extremadura); o limitando la acumulación a una sola vez, «de modo que en caso de volver a quedar vacantes no será posible acumularlas

<sup>66</sup> Contemplando la acumulación a la siguiente oferta de empleo público únicamente de las vacantes resultantes de la parte de la cuota reservada para personas con retraso mental leve o moderado (1%) y con un tope del 2%, artículo 12.2 Decreto 93/2006, Andalucía.

nuevamente en ofertas sucesivas» (art. 5.1, párrafo 2.º, Decreto 83/2008, Castilla y León y art. 3.4 Decreto 51/2008, La Rioja <sup>67</sup>).

No obstante, la regla contemplada en la norma estatal y supletoria únicamente alude a las plazas desiertas del turno de discapacitados incluido en una convocatoria general, mas es posible que existan también vacantes en aquellas otras articuladas de forma específica o independiente, motivo por el cual resultaría conveniente para evitar interpretaciones forzadas de un confuso tenor legal aplicar el incremento a la siguiente oferta en su conjunto (como hacen los arts. 1 Ley Foral 16/2002, Navarra y 3.4 Decreto 51/2008, La Rioja) o, en su defecto, distinguir entre una y otra modalidad, máxime cuando se vaya a utilizar un criterio diferente en cada supuesto <sup>68</sup>.

De otra parte, aun cuando el criterio de la acumulación parece estar ideal o únicamente diseñado para la cobertura ordinaria de plazas de carácter fijo, cabe hacer dos precisiones: de un lado, si de promoción interna se trata, los puestos no cubiertos acrecerán al turno ordinario, pero no a próximas reservas (art. 5.2 RDAEP); de otro, la solución precedente puede ser ofrecida también para el empleo temporal o interino, si es que al mismo le resulta aplicable la cuota (art. 8.2 Decreto 51/2008, La Rioja).

Como segunda posibilidad, algunos legisladores autonómicos han adoptado un criterio opuesto para negar la acumulación tanto respecto de las vacantes del turno de discapacitados en ordinarias a las de turno libre, como de las producidas en convocatorias independientes a la ordinaria o general (arts. 2 y 3 Decreto 47/2003, Extremadura; 6.3 y 7.3 Decreto 36/2004, Baleares), pues cabe reiterar que la obligación legal de observar la cuota aparece fijada *ab initio*. Como contrapartida, a modo de medida de fomento del empleo para este colectivo y con el fin añadido de satisfacer temporalmente sus necesidades de personal, algunas comunidades contemplan cubrir las vacantes (u otras plazas distintas en número «equivalente a las no cubiertas por el turno de discapacitados») mediante interinidades, las cuales serán ocupadas hasta su cobertura definitiva en primer lugar por los aspirantes que habiendo participado por dicho turno formen parte de las correspondientes bolsas de trabajo –si bien atendiendo al orden de prelación que hagan en dicha lista o bolsa y teniendo en cuenta la zonificación formulada en la solicitud de participación de pruebas– y en su defecto por el resto de los aspirantes incluidos en las mismas (disp. adic. 1.ª Decreto 47/2003, Extremadura <sup>69</sup>, disp. adic. 1.ª Decreto 36/2004, Baleares, art. 8.1 Decreto 51/2008, La Rioja o art.

<sup>67</sup> En este caso, sólo en caso de no superarse los ejercicios correspondientes, pues «si no se presentaran a las oposiciones personas con discapacidad, o lo hicieran en número menor de las plazas ofertadas, las vacantes podrán ser cubiertas por otros opositores declarados aptos conforme a las reglas generales», artículo 4.2 Decreto 51/2008, La Rioja.

<sup>68</sup> Por ejemplo, Madrid –con un confuso tenor legal al confundir turno con convocatoria– prevé para el turno de discapacitados en convocatoria ordinaria que las vacantes «se acumularán a las del turno en el que se incluyó dicho cupo» (art. 10.2 Decreto 54/2006, Madrid), pero en cambio, cuando sea en proceso independiente, las vacantes «se acumularán a las restantes plazas que completen el cupo de reserva de la correspondiente Categoría Profesional» (art. 12.3 Decreto 54/2006, Madrid); también Andalucía, que sólo contempla la posibilidad de acumular para el ejercicio siguiente las no cubiertas en la convocatoria específica para discapacitados intelectuales (art. 12.2 Decreto 93/2006, Andalucía).

<sup>69</sup> Añadiendo que «de igual forma se procederá cuando quede vacante por cualquier circunstancia un puesto de trabajo de los adjudicados con carácter definitivo a aspirantes discapacitados en la convocatoria de pruebas selectivas de la que se derivó la correspondiente Lista de Espera o de los adjudicados, también a personas con discapacidad, por el sistema contemplado en el apartado anterior».

1.5 Ley 12/2001, Castilla-La Mancha). Es más, cuando coexisten convocatorias ordinarias con turno de discapacitados y otras independientes, resulta frecuente constituir para éstas bolsas específicas con el objeto de ocupar «los puestos no cubiertos definitivamente a través de las oportunas pruebas selectivas o aquellos de los adjudicados que con posterioridad queden vacantes por cualquier circunstancia» (disp. adic. 1.ª Decreto 47/2003, Extremadura, disp. adic. 1.ª Decreto 36/2004, Baleares, art. 15.2 Decreto 83/2008, Castilla y León, art. 22.3 Decreto 54/2006, Madrid), pudiendo incluso atribuirles un porcentaje mínimo de vacantes a cubrir por dicha bolsa específica (art. 13.3 Decreto 93/2006, Andalucía).

## Bibliografía

- AA.VV. (SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., Coord.) [1999]: *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, La Coruña (PAIDEIA).
- (SEMPERE NAVARRO, A.V., Coord.) [2003]: *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, Pamplona (Aranzadi).
- ALONSO GARCÍA, B. [1997]: *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Madrid (Civitas).
- [1998] «La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo», *Tribuna Social*, núm. 91.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. [1987]: «La regulación especial del trabajo de los minusválidos», *Relaciones Laborales*, núm. 10.
- ÁLVAREZ PRIETO, J. y ROJO ALCALDE, J. [2001]: «Acceso al empleo público de las personas con discapacidad. Series estadísticas de los años 1985-1999», *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*, núm. 50.
- AZNAR LÓPEZ, M. *et alii* [1982]: *Integración social de los minusválidos*, Madrid, (MTSS).
- CASADO PÉREZ, D. [2002]: «Introducción. El programa pro acceso de las personas con discapacidad al empleo público del Real Patronato», en *Real Patronato Sobre Discapacidad: Acceso de las personas con discapacidad al empleo público. 1985-1999*, Madrid, 13.ª ed.
- CES [1995]: *Informe 5/1995, de 26 de octubre, sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación*, Madrid.

- [1998]: *Informe 5/1998, de 27 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid.
- CORDERO GORDILLO, V. [2008]: «El acceso al empleo público de las personas con discapacidad», *Actas del XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El Estatuto Básico del Empleado Público*.
- ESTEBAN LEGARRETA, R. [1999]: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid (IBIDEM).
- GOÑI SEIN, J.L. [2008]: «Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. La adquisición y pérdida de la relación de servicio», en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Murcia (Laborum).
- LORENZO DE MEMBIELA, J.B. [2005]: *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi).
- MORENO MENDOZA, D. [2008]: «Las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de los empleados públicos con discapacidad: consideraciones a propósito del artículo 59.2 de la Ley 7/2007», *Actas del XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El Estatuto Básico del Empleado Público*.
- PARADA, R. [2007]: *Derecho del empleo Público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid (Marcial Pons).
- PÉREZ GÓMEZ, J.M. [2008]: «Requisitos generales», en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi).
- PUERTA SEGUIDO, F. [2007]: «El acceso al empleo público», en AA.VV. (ORTEGA ÁLVAREZ, L.): *Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid (La Ley).
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. [2008]: «El rechazo de la equiparación automática a la condición de ‘minusválido’ de los incapacitados permanentes de la Seguridad Social», *Tribuna Social*, núm. 208.
  - [2008]: «La integración laboral de las personas con discapacidad tras la Ley de Contratos del Sector Público», *Temas Laborales*, núm. 95.
  - [2008]: *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*, Madrid (Cinca-CERMI).
- RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G. [2004]: «El fomento del empleo de los minusválidos a través de la cuota de reserva», *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 5.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. [2000]: «Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía», *Relaciones Laborales*, núm. 5.
- RUBIO DE MEDINA, M.D. [2006]: «El cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de trabajadores con discapacidad», *Información Laboral. Legislación y convenios colectivos*, núm. 8.
- SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M. [2000]: *Los trabajadores discapacitados. Contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones especiales, fiscalidad*, Valencia (CISS).
- SÁNCHEZ MORÓN, M. [2007]: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios», en AA.VV. (SÁNCHEZ MORÓN, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid (Lex Nova).

- SASTRE IBARRECHE, R. [1996]: *El derecho al Trabajo*, Madrid (Trotta).
- SEMPERE NAVARRO, A.V. [1999]: «El trabajo de los minusválidos tras el RD 427/1999, de 12 de marzo», *Aranzadi Social*, T. V.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y HIERRO HIERRO, F.J. [2008]: «Personas con discapacidad», en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi).
- TUSET DEL PINO, P. [2000]: *La contratación de trabajadores minusválidos*, Pamplona (Aranzadi), pág. 119.