

2. LA CUOTA DE RESERVA COMO MEDIDA DE PROMOCIÓN DEL ACCESO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL EMPLEO PÚBLICO DE LA CAPV

El Consejo de la Unión Europea ha declarado el año 2003 como año europeo de las personas con discapacidad, y ha planteado entre sus objetivos, además de la sensibilización sobre el derecho de las personas con discapacidad a verse protegidas frente a la discriminación y a disfrutar plena y equitativamente de sus derechos, el fomento de la reflexión y el debate sobre las medidas necesarias para promover la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

Esta declaración se suma así a una consolidada línea de actuación a favor de las personas con discapacidad, que pretende lograr su plena integración social mediante medidas positivas que aseguren el goce real y efectivo de los derechos que les asisten, tal y como propugna la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En esta lucha por la plena integración de las personas con discapacidad, el empleo y la ocupación se convierten en elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades, y contribuyen decisivamente a su participación plena en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal.

Ello explica, sin duda, que ya se hayan avanzado iniciativas más concretas y específicas como la Directiva 2000/78 CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación –aplicable también al sector público y organismos públicos-. El artículo 7.2 de esta directiva advierte expresamente que, por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad no constituirá un obstáculo para las medidas destinadas a crear o mantener disposiciones o facilidades para proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral.

De todos modos, teniendo en cuenta la invitación hecha por el Consejo de la Unión Europea para este año 2003, la institución del Ararteko quiere adherirse a esta iniciativa en favor de las personas con discapacidad, con una recomendación general que pretendemos tenga continuidad en otras actuaciones de mayor amplitud y calado, y con la cual trataremos de llamar la atención de las administraciones públicas vascas sobre la necesidad de seguir avanzando en las medidas hasta ahora dispuestas para promover el acceso de las personas con discapacidad al empleo público, en especial en lo que se refiere a la cuota de reserva de plazas.

Nos ha movido a ello una inicial impresión que hemos corroborado tras la lectura de informes elaborados por instituciones homólogas a la nuestra (como es el caso de la Recomendación 15/1997, de 25 de febrero, del Defensor del Pueblo, sobre el acceso a la función pública de personas con minusvalía), así como por otros organismos que vienen haciendo un especial seguimiento del acceso de las personas con discapacidad al empleo público (Real Patronato sobre Discapacidad) y que no dudan en afirmar la escasa incidencia que ha tenido el cupo de reserva en el ámbito del empleo público.

* * *

Como es sabido, el texto constitucional reconoce como derecho fundamental el derecho de los ciudadanos a acceder a los empleos públicos en condiciones de igualdad y conforme a los principios de mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103 de la CE).

No obstante, la propia Constitución deja abierta la posibilidad de aplicar medidas positivas que modulen la sola aplicación de estos principios relativos al mérito y la capacidad, no sólo al establecer una protección específica para las personas con discapacidad con la finalidad de asegurar a éstas el disfrute de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos (art. 49), sino, sobre todo, al hacer suya una noción de igualdad compensatoria que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para lograr una igualdad efectiva, removiendo los obstáculos que dificulten su plenitud (art. 9.2).

En este sentido, hoy día es pacífico asumir que la igualdad en el acceso al empleo público no queda garantizada -cuando se trata de personas con discapacidad- con la sola aplicación de condiciones objetivas relativas a mérito y capacidad. Se considera, en cambio, que la discapacidad supone una quiebra natural de la igualdad, cuyo restablecimiento requiere de medidas de discriminación positiva, entre las que cabe incluir, entre otras, la cuota de reserva.

Así lo ha señalado el mismo Tribunal Constitucional, que en su Sentencia nº 269/1994, de 3 de octubre (RTC 1994\269) no duda en afirmar la legitimidad de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad:

“...No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 CE es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 CE.(...)”

Sintetizando lo hasta ahora dicho, 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, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE).”

Con este referente constitucional, no es extraño que el desarrollo legal que del acceso a la función pública se ha hecho en el ámbito estatal haya incorporado esta posibilidad de medidas positivas para las personas con discapacidad, en especial esta medida relativa al establecimiento de una cuota de reserva.

Concretamente, ha sido la disposición adicional decimonovena de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, adicionada mediante Ley 23/1988, de 28 de julio, la que ha establecido que:

“En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 3 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personal con discapacidad de grado igual o superior al 33 por 100, de modo que progresivamente se alcance el 2 por 100 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 discapacidad...”

De este precepto interesa destacar dos aspectos: por un lado, el objetivo último de intentar alcanzar que el personal con discapacidad pueda representar un 2 % del total de efectivos en el ámbito de la Administración del Estado, y, de otro, el hecho de que las ofertas de empleo público (OPE, en adelante) deban reservar un cupo no inferior al 3 % de las vacantes para el personal que tenga reconocida una discapacidad igual o superior la 33 %.

Es importante matizar que esta disposición adicional no tiene la condición de base del régimen estatutario de los funcionarios a los efectos de lo dispuesto en el art. 149.1.18 de la CE y que, por ello, sus previsiones no deben ser necesariamente seguidas y observadas por las comunidades autónomas que estén en situación de regular su propia función pública. Sin embargo, la realidad nos muestra que han sido muy pocas las comunidades autónomas que se han apartado de este precedente estatal.

Precisamente, en el ámbito de la CAPV la disposición adicional séptima de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de Función Pública Vasca, no ha hecho sino reproducir los términos de la legislación estatal, al establecer que:

“En las ofertas de empleo público, las Administraciones públicas vascas reservarán un cupo no inferior al tres por ciento de las vacantes comprometidas para su cobertura entre personal con discapacidad de grado igual o superior al treinta y tres por ciento hasta tanto se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración correspondiente...”

Como hemos dicho, al igual que en la CAPV, la mayoría de las comunidades autónomas han optado por una línea continuista con respecto a la regulación estatal de la cuota de reserva. En efecto, muy pocas han optado por un tratamiento singular diferenciado. Sólo lo han hecho: Baleares, Castilla-León, Castilla La Mancha, Cataluña, Madrid y Murcia. Para no resultar farragosos, citaremos, como ejemplos, los casos de Cataluña y Castilla-La Mancha.

En la comunidad catalana ha sido la Ley 4/2000, de 26 de mayo, de Medidas Fiscales y Administrativas (que modifica, a su vez, el Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública), la que ha establecido que el Gobierno de la Generalidad promoverá las condiciones necesarias para facilitar el acceso a la función pública de personas discapacitadas en igualdad de condiciones que los demás aspirantes, y que, a tal efecto, regulará una reserva de hasta un 5 % de las plazas incluidas en las ofertas de ocupación pública, con la finalidad de lograr que el 2 % de la plantilla sea cubierto por personas discapacitadas que tengan reconocida la condición legal de disminuidas.

De esta manera, aunque luego en la práctica son en realidad las OPE las que resultan determinantes a la hora de aplicar de una manera efectiva el cupo de reserva, esta regulación refuerza la previsión anteriormente existente en el ámbito catalán –de contenido similar a la normativa estatal, puesto que plantea una reserva de hasta un 3 % de las plazas- disponiendo la posibilidad de una reserva de hasta un 5 % de las plazas vacantes.

Más contundente resulta, sin duda, la ordenación de Castilla-La Mancha. En esta comunidad ha sido la Ley 3/1998, de 13 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, modificada por Ley 1/1999, de 4 de marzo, la que en su disposición adicional novena ha establecido que en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 5 % de las vacantes para ser cubiertas por personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 %, para que, progresivamente, se alcance el 2 % de los efectivos totales. Por tanto, cualquier cuota de reserva no podrá ser inferior al 5 % de las plazas vacantes. A diferencia de los ejemplos anteriores, la regulación de esta última comunidad opta por una redacción positiva que fija como límite mínimo necesario la reserva de un 5 % de las plazas vacantes.

Hasta aquí el repaso de las referencias normativas que establecen la cuota de reserva como medida de discriminación positiva para promover el acceso de las personas discapacitadas al empleo público.

* * *

Al señalar en líneas precedentes el motivo que nos ha llevado a formular esta recomendación hemos hecho referencia a una impresión generalizada de la que participan tanto instituciones afines a la nuestra como otros organismos con acreditada trayectoria en el seguimiento del acceso de las personas con discapacidad al empleo público, los cuales coinciden en afirmar la escasa incidencia que ha tenido esta medida positiva de la cuota de reserva. Ahora es el momento de que intentemos concretar o, al menos, apuntar, qué factores han podido influir en ello.

A) En primer lugar, es obligado citar el **planteamiento de mínimos** que se ha venido haciendo de esta cuota de reserva.

En efecto, en ningún momento se ha cuestionado el porcentaje propuesto como objetivo finalista en relación con el índice de ocupación que deben representar las personas con discapacidad respecto del total de efectivos de empleados públicos. La realidad muestra que todas las comunidades autónomas, sin excepción, participan del porcentaje del 2 % previsto en la regulación estatal de medidas para la reforma de la función pública, sin que se conozcan otras iniciativas a este respecto.

De todos modos, este dato no es el que debe suscitarnos especial alarma, ya que, según afirman los organismos que están haciendo un especial seguimiento del acceso de las personas discapacitadas al empleo público, la cuota de reserva que se sigue en la actualidad (al menos la más generalizada del 3 %) se muestra como claramente insuficiente para lograr el objetivo propuesto -esto es, que las personas discapacitadas lleguen a representar un 2 % del total de los empleados públicos-, sobre todo en una coyuntura como la actual, de importante reducción del empleo público.

Por ello, este planteamiento de mínimos es mucho más preocupante en lo que respecta al porcentaje que debe suponer la cuota de reserva como tal, que en lo referente al objetivo finalista que se pretende alcanzar sobre el índice de ocupación de personas discapacitadas.

B) En segundo lugar, esta escasa incidencia de la cuota de reserva en el acceso de las personas discapacitadas al empleo público puede ser atribuida a su **falta de una aplicación generalizada** en los diferentes procedimientos de ingreso que se han anunciado y convocado como consecuencia de sucesivas OPE.

Quizás sea conveniente explicar cómo o en qué ha podido traducirse esta falta de una aplicación generalizada de la cuota de reserva.

Pues bien, en ocasiones, esta falta de aplicación generalizada ha supuesto que en ciertas convocatorias relativas a determinados cuerpos, escalas, categorías..., obviando probablemente los datos globales referidos a la OPE en su conjunto, se ha evitado aplicar la cuota de reserva, por considerar que el limitado número de vacantes anunciadas (por debajo de 30) no permitía la aplicación del porcentaje más extendido del 3 %. Imaginemos el caso de convocatorias de cuerpos facultativos muy específicos con vacantes reducidas.

Asimismo, como consecuencia de esta falta de aplicación generalizada, la cuota de reserva sólo se ha aplicado a procedimientos de ingreso definitivo y para plazas clasificadas como de turno libre, cuando en realidad el fin de promoción del empleo público que persigue esta medida la hace igualmente necesaria en supuestos de acceso a empleo temporal como de plazas reservadas a promoción interna. Tampoco cabe descartar la aplicación de este sistema de cuota de reserva en procedimientos relativamente novedosos y diferenciados de las OPE, como son los llamados planes de empleo.

En otras ocasiones, en cambio, la falta de aplicación de la cuota de reserva ha podido responder a posiciones preconcebidas en cuanto a la incompatibilidad funcional de las personas con discapacidad para el desempeño de determinados puestos de trabajo, posiciones éstas que han llevado a descartar, quizás de una manera poco fundada, el acceso de personas discapacitadas a determinados empleos públicos. De aquí la necesidad de profundizar también en otras medidas complementarias a esta de la cuota de reserva, como es la conveniencia de ordenar el acceso a determinados empleos públicos tomando como base solamente criterios contrastados y probados de estricta compatibilidad funcional.

C) Finalmente y en tercer lugar, debemos citar, aun cuando ello abre un apasionante debate que supera el limitado alcance de esta recomendación, que esta escasa incidencia de la cuota de reserva ha hecho nacer la sospecha de una **falta de contenido real de la propia reserva** para personas discapacitadas, ya que la falta de adecuaciones necesarias (no sólo en cuanto a la configuración de las pruebas, sino también en cuanto a las adaptaciones de medios y tiempos, umbrales diferenciados para la superación del proceso, etc.) conduce a que los aspirantes por el turno de reserva se vean obligados a superar el nivel marcado para el resto de aspirantes.

* * *

Teniendo en cuenta todos estos factores que se acaban de señalar y que, como hemos tratado de explicar, a nuestro modo de ver, están influyendo de manera negativa

en la escasa efectividad de esta medida positiva de promoción del acceso de las personas con discapacidad al empleo público como es la cuota de reserva, la institución del Ararteko considera oportuno hacer llegar a las administraciones públicas vascas las siguientes sugerencias:

- La conveniencia de elevar el actual porcentaje que supone la cuota de reserva a favor de las personas con discapacidad promoviendo al efecto, si se considera oportuno, las modificaciones legislativas oportunas.
- La necesidad de extender la aplicación de la cuota de reserva a todo tipo de procedimientos y de convocatorias de ingreso en la función pública, ya se trate de acceso definitivo, acceso interino o temporal, acceso libre, promoción interna, procedimientos derivados de planes de empleo...).
- La necesidad de extender la aplicación de la cuota de reserva a todos los cuerpos, escalas y categorías posibles, con la sola excepción de aquellos casos justificados según estrictos criterios de compatibilidad funcional.

Asimismo, esta institución cree oportuno tratar de sensibilizar a las diferentes administraciones públicas vascas sobre:

- La conveniencia de que sean las propias OPE las que incorporen el detalle de los porcentajes de reserva -según todos y cada uno de los cuerpos, escalas, categorías... convocados, así como de los diferentes turnos previstos (libre, promoción interna)-, para permitir un mejor estudio y seguimiento de la repercusión práctica de esta medida positiva de promoción del acceso de las personas con discapacidad al empleo público.
- La conveniencia de seguir avanzando en todas aquellas medidas de adaptación necesarias -tanto en cuanto a la configuración de las pruebas como a las condiciones para realizarlas-, con el fin de dotar de un contenido real y cierto a esta cuota de reserva.
- La oportunidad de constituir en el ámbito de la CAPV un órgano asesor en materia de acceso al empleo público de personas con discapacidad, mediante el Consejo Vasco de la Función Pública o mediante cualquier otra fórmula que se estime más oportuna.