



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

**CONDUCTAS INFRACTORAS POR INCUMPLIMIENTO DE LA
CUOTA DE RESERVA Y DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL
EMPLEO**

Gloria Eleodora Rodriguez Castilla

“Trabajo final del Master Oficial Derechos Sociolaborales (edición 2021-2022) que presenta el/la Licenciado(a)/Graduada (o) en Derecho por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón para la obtención del Máster de Derechos Sociolaborales por la Universidad Autónoma de Barcelona, dirigido por el(la) Dr. Jorge Pérez Pérez ”

***Facultad de Derecho de la Universitat Autònoma de Barcelona, a
22 de junio de 2022.***

INDICE GENERAL

ABREVIATURAS UTILIZADAS

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I: DERECHO AL TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1.1 Igualdad, prohibición de discriminación en sus formas y discapacidad

1.1.1 Acepciones de la igualdad

1.1.2 La igualdad y la prohibición de la discriminación en la normativa internacional

1.1.3 La discriminación y sus formas en el ordenamiento español

1.1.4 El derecho al trabajo y políticas de acceso al empleo de las personas con discapacidad

1.2 Medidas de acción positiva para fomentar el empleo de personas con discapacidad

1.2.1 Obligación de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad

1.2.2 Excepcionalidad a la obligación

1.2.2 Medidas alternativas

CAPÍTULO II: EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL ORDEN SOCIAL

2.1 El ius puniendi del Estado español

2.1.1 La potestad sancionadora y sus principios

2.1.2 El acta de infracción como actuación principal del inicio del procedimiento

2.1.3 De la instrucción del procedimiento

2.1.4 De la finalización del procedimiento sancionador

2.1.5 De los recursos impugnatorios

2.2 Ley Sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

2.2.1 Infracciones en materia de desarrollo y acceso al empleo por parte del colectivo de personas con discapacidad

2.2.3 Prescripción de las Infracciones

2.2.4 Sobre la reincidencia y criterios de graduación de las sanciones

CAPÍTULO III: CONDUCTAS INFRACTORAS QUE IMPACTAN EN EL ACCESO AL EMPLEO

3.1 Infracción por incumplimiento en materia de integración laboral

3.1.1 La calificación de la infracción como medida disuasoria

3.1.2 Etapa posterior a la imposición de la sanción

3.1.3 Tipicidad y el 15.3 del TRLISOS

3.1.4 Reincidencia y graduación de sanción por incumplimientos a la cuota de reserva

3.1.5 Infracción conductas que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivo de discapacidad

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- CE: Constitución Española
- ONU: Organización de las Naciones Unidas
- UE: Unión Europea
- OED: Observatorio Estatal de la Discapacidad
- INE: Instituto Nacional de Estadística
- OIT: Organización Internacional del Trabajo
- ITSS: Inspección de Trabajo y la Seguridad Social

- IPREM: Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
- CEE: Centros Especiales de Empleo
- ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- TRLGPCD: Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
- LISMI: Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos
- RGPSL: Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social
- TRLISOS: Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- LOITSS: Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social
- LPACAP: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- RJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación tiene su motivación en algunas clases sobre responsabilidad social, cumplimiento de cuota del empleo y sus medidas alternativas. Tiene tres capítulos, el primero de ellos está dedicado al derecho al trabajo de las personas con discapacidad, para lo cual se consideró oportuno hacer un estudio sobre la igualdad en todas sus acepciones actuales e históricas, tanto en el ordenamiento español como en la normativa internacional; para luego demostrar su relación con la prohibición de discriminación, y el reconocimiento de ello por parte de la ONU, UE, OIT. En ese mismo capítulo se expuso la ausencia de reconocimiento del acceso al empleo por parte del colectivo de personas con discapacidad; las políticas, y medidas de acción positivas para el fomento del empleo, teniendo como una de ellas a la norma sustantiva que dispone el cumplimiento de la cuota de reserva para empresas de más de 50 trabajadores; el acceso a la excepcionalidad a esta obligación, que no es tan excepcional, y la adopción de medidas alternativas.

Luego, el capítulo II está orientado a presentar el procedimiento administrativo sancionador en el orden social, el ius puniendi del Estado español y el reconocimiento de su competencia como derecho de última ratio. Asimismo, se presenta al TRLISOS y sus especificidades.

Por último, en el capítulo III se analizan la conducta infractora contenida en el artículo 15.3 del TRLISOS, utilizando para ello ciertas figuras aplicables del derecho administrativo sancionador.

CAPÍTULO I

IGUALDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1.1 Igualdad, prohibición de discriminación en sus formas y discapacidad

1.1.1 Acepciones de la igualdad

Igualdad, es una de las palabras que más se utilizará en este trabajo, a razón de la importancia de su reconocimiento e internalización por parte de todos los agentes sociales para hacerla cumplir.

A nivel literario, se otorga a la igualdad un alcance triple: como principio rector de orden constitucional, de un derecho fundamental de la persona, y de un valor inspirador del ordenamiento normativo¹. Así, en varias legislaciones se ha instaurado como “principio”, y en otras, es un derecho humano básico que se reconoce a las personas, pero acaso ¿siempre se le otorgó un mismo significado a esta palabra? Pretendo abordar en estas líneas cuál es su significado en la lengua oficial, su inserción en el ordenamiento español, así como su reconocimiento en normas internacionales.

Igualdad, actualmente, esta palabra tiene reconocida su connotación como “principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones” (Diccionario de la Lengua Española), pero esto no siempre fue así, y lo veremos en este capítulo.

Su reconocimiento como valor superior en sociedad democrática data de la revolución francesa en 1789, debido a la necesidad que se tenía en aquel momento, de garantizar un trato justo a las personas, donde no haya cabida a la discriminación irrazonable y arbitraria². Y, la identificación como valor superior en España, se produjo en la CE del año 1978, disponiendo citarlo junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político. Esta superioridad se puede evidenciar del hecho mismo que esté contenida en el artículo 1 del Título Preliminar. Así, la igualdad como valor ha estado presente en la legislación durante el desarrollo social de los subsiguientes años, pues se describe a España como una nación

¹ QUIÑONES INFANTE S., *Género y Trabajo. La búsqueda de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019, pp. 17.

² PÉREZ PÉREZ, J., “Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva”, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 29-30.

que anhela la recuperación de la libertad y justicia, valores que no han estado presentes en el pasado inmediato³.

De otro lado, el artículo 14, le otorga en su redacción la calidad de derecho, asociándolo con la prohibición de la discriminación por cualquier índole social, bajo los siguientes términos “los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal y social”, y luego, el artículo 9 de la misma CE se encarga de plasmar la obligación de cautelar el efectivo disfrute de este derecho, para que las condiciones de igualdad sean reales y efectivas, correspondiendo esta obligación a los poderes públicos⁴.

Hasta este punto, hemos visto cómo la legislación constitucional ha incluido a la igualdad como un valor de importancia para su aplicación, y como derecho subjetivo del individuo. Pero, además, esta Carta Magna, da a la igualdad, esa formalidad que otorga connotación real para materializarse de forma efectiva, disponiendo así que los poderes públicos son los que deben promover las condiciones para que ello suceda; agregando, además, que son estos poderes públicos los que deben remover los impedimentos que dificulten el uso de la igualdad con plenitud, además, de facilitar la participación de los ciudadanos en aspectos políticos, económicos, culturales y sociales.

Y luego, el concepto de la igualdad como principio constitucional, es la motivación base para que exista necesaria presencia transversal y plena en el ordenamiento jurídico. Por tanto, la igualdad como principio, al ser tratada por los poderes públicos, irá de la mano con la seguridad jurídica, por lo que existe la exigencia de que su interpretación en el sentido de igualdad material (como derecho subjetivo) se vincule directamente con la igualdad formal (como valor) y la igualdad de trato ante la Ley, que ya no solo pone el foco de cumplimiento en los poderes públicos, sino también en los sujetos privados⁵. Sobre este tema, es preciso comentar que hay abundante jurisprudencia del TC en relación con las

³ PÉREZ PÉREZ, J., “Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva”, op.cit., pp. 29-30.

⁴ Artículo 9.2 de la CE dispone que “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

⁵ PÉREZ PÉREZ, J., “Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva”, op.cit., pp. 32-33.

limitaciones del derecho a la libertad de empresa, pues este puede ceder ante otros bienes o valores constitucionalmente protegidos⁶.

Podríamos resumir entonces estas disposiciones señalando que no basta con que se prohíba la discriminación, sino también hace falta garantizarlas, y para esto último, no es suficiente lo dispuesto en el artículo 9, que indica que los poderes públicos deben cautelar y promover el disfrute del derecho, sino que existe la necesidad de dictar medidas complementarias que debe tomar el Estado con el objetivo de dirigir el comportamiento de la sociedad a fin de salvaguardar la igualdad de la que se hace referencia.

Bajo este escenario de la revisión de los artículos mencionados de la CE, así como del estudio del compendio de investigación de Pérez, que cito en la referencia de este párrafo, que analiza dos sentencias sobre el alcance y contenido de este principio constitucional, es posible señalar que la jurisprudencia constitucional dirige la composición del principio de igualdad en su gestación como derecho subjetivo, en el límite de acción de los poderes públicos, y la ausencia de discriminación que proviene del trato desigual en situaciones que se consideran iguales por no haber una justificación para la diferencia de trato⁷.

En efecto, que los ciudadanos gocen de la igualdad de derechos, expone en su sentido amplio la característica de un derecho fundamental, reconocido como valor, y que trasciende nacionalidades, razas, orientación sexual, religiones, o cualquier otra circunstancia que traiga consigo siquiera una pizca de desigualdad.

⁶ ESTEBAN LEGARRETA R, "Contrato de trabajo y discapacidad", *Ibidem*, Madrid, 1999, pp. 339-340.

⁷ PÉREZ PÉREZ, J., "Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva", *op.cit.*, pp. 32-33. El autor luego de su estudio a la CE y a sentencias del Tribunal Constitucional afirma que "La evolución de la jurisprudencia constitucional conduce a la consolidación de la configuración del principio de igualdad formal desde el punto de vista de la igualdad de trato, tanto en la concepción de derecho subjetivo cuanto en la de principio limitador de la acción de los poderes públicos, como la ausencia de la discriminación derivada del trato desigual ante situaciones que pueden ser consideradas racionalmente iguales, siempre que no exista una justificación objetiva y razonable de la diferenciación".

1.1.2 La igualdad y la prohibición de la discriminación en la normativa internacional

Un elemento clave en la adopción de Leyes y políticas antidiscriminatorias que plasmen el principio de mostrar a las personas con discapacidad como seres humanos iguales, y por lo tanto, tienen derecho al mismo trato y las mismas oportunidades en diversos aspectos sociales, como es el empleo. Las legislaciones antidiscriminatorias pueden tener diversas formas y centrarse en distintos ejes, por ejemplo, Leyes antidiscriminatorias que protegen a las personas discapacitadas frente a un trato desigual, la discriminación de las personas puede constituir un tipo de discriminación prohibida, desde la no discriminación, Leyes antidiscriminatorias que ayudan a concienciar, Leyes antidiscriminatorias con disposiciones de igualdad de trato, proponiendo por ejemplo ajustes razonables, así como normativa sobre adaptación, acondicionamiento⁸.

Así, la igualdad en la normativa internacional, su estudio como principio debe partir de las normas que, emanadas de la ONU, clasificadas en tres categorías: protectoras, correctoras y no discriminatorias. Estas normas provienen de la Carta de San Francisco de 1945, en cuyo primer artículo referenciaba a la igualdad como uno de sus fines, pero no fue hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 que se hace expresa mención del principio de igualdad en su preámbulo, reconociendo que la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables son la base de la libertad, justicia y la paz en el mundo; lo cual trajo como resultado un fortalecimiento de la declaración de la protección de la igualdad como valor superior, y con ello, la proclamación del principio de igualdad formal. Sin embargo, hasta aquí, la referencia a la discapacidad como una circunstancia que genera discriminación todavía estaba ausente.

Es en la década de los 70, que aparecen textos de la ONU que ya empiezan a ser dedicados al colectivo de personas con discapacidad, expresando en ellos la necesaria igualdad de derechos para este colectivo, así por ejemplo algunos de estos textos fueron la Declaración del Retrasado Mental y la Declaración de Derechos de los Impedidos. Y a partir de ello, es que la ONU empezará a tener una línea de acción que llevó a un hito en el cual se reconoció

⁸ Organización Internacional del Trabajo, Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidad a través de la legislación. Directrices, pp. 10, 2014 Disponible, en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/--ifp_skills/documents/publication/wcms_322694.pdf

a la “participación e igualdad plena” como un principio en la Asamblea General 31/123 del 16 de diciembre de 1976. Posteriormente, tras el cambio de siglo, el 13 de diciembre de 2006 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que entró en vigor desde el 3 de mayo de 2008, y este viene a ser el primer tratado dedicado a los derechos de las personas con discapacidad y el que va a ser referencia para la legislación nacional en esta materia.

En este contexto, se creó un Comité especial que examinaría propuestas para una Convención en esta materia, y fue el 13 de diciembre de 2006, que la Asamblea General aprobó el 13 de diciembre de 2006, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que entró en vigor desde el 3 de mayo de 2008. Esta Convención definía en su artículo 2 a la discriminación por motivos de discapacidad como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”. También, en su artículo 5 establece que los Estados parte reconocen que todas las personas son iguales y que se prohíbe la discriminación⁹.

Por su parte, en el ámbito del derecho comunitario, la UE tenía como objetivo desterrar la discriminación por razón de nacionalidad y sexo, pero con el tiempo se fueron incluyendo otro tipo de discriminaciones. Así, con la consolidación del Tratado de Ámsterdam de 1997, se fijó como uno de los objetivos de la UE el alto nivel de empleo; asimismo, dicho tratado contiene un artículo sobre la no discriminación. Y es bajo este contexto que la no discriminación se empieza a constituir como un principio y objetivo de la UE. De esta manera, la acción normativa de la UE ha ido evolucionando en la implantación de la igualdad de oportunidades como un objetivo específico y desde el planteamiento de la lucha contra la discriminación¹⁰.

⁹ PÉREZ PÉREZ, J., “Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva”, op.cit., pp. 50-54.

¹⁰ PÉREZ PÉREZ, J., “Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva”, op.cit., pp. 57-60.

En consecuencia, la ONU y la UE han sido testigos del avance lento en un reconocimiento certero la discriminación, pues como se ha expuesto, sus documentos que le dan reconocimiento han sido aprobados en 2008 y 1997, no hace más de dos décadas, aun queda camino por recorrer, actualizar normativa internacional de aplicación a sus estados miembros, que no solo prohíban la discriminación, sino pongan a la igualdad como un valor fundamental, ayudaría en el proceso.

1.1.3 La discriminación y sus formas en el ordenamiento español

Es evidente que en la sociedad del siglo XXI existe marginalidad y exclusión a los grupos menos favorecidos, uno de estos grupos son las personas con discapacidad. De acuerdo a la OIT ¹¹, las personas con discapacidad representan aproximadamente el 15 por ciento de la población mundial, es decir, aproximadamente mil millones de personas conforman este colectivo, de las cuales el 80 por ciento están en edad de trabajar, sin embargo, su derecho al trabajo es frecuentemente denegado, sin duda una de las mayores causas para ello, es la discriminación latente, prueba de ello, por ejemplo, es la conclusión recogida en un informe por la OED, señalando que, en España, seis de cada diez personas que se han sentido discriminadas a causa de su discapacidad han sufrido discriminación, además por otros motivos¹².

Líneas arriba hemos comentado que la CE en su artículo 14 prohíbe la discriminación, lo propio hace el ET en la sección derechos y deberes laborales básicos, declarando que, en la relación de trabajo, las personas trabajadoras tienen derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados dentro del Estado español, y tampoco podrán ser discriminados por razones de discapacidad siempre que se hallen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate¹³. Asimismo, en el apartado relacionado a los derechos y deberes derivados del contrato, el ET es directo al señalar que son nulos los preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales, decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así

¹¹ Organización Internacional del Trabajo, Discapacidad y Trabajo. En: *Trabajo Decente*. Disponible, en https://www.ilo.org/global/topics/disability-and-work/WCMS_475652/lang--es/index.htm.

¹² JIMENEZ LARA, A., *Personas con discapacidad y discriminación múltiple en España: situación y propuestas*. Madrid, Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2017, pp. 20. Disponible, en <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/wp-content/uploads/2017/12/DISCRIMINACION-MULTIPLE-OED.pdf>.

¹³ Artículo 4 del ET.

como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, que estén basados en alguna causa de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad dentro del Estado español¹⁴.

Estas disposiciones, a nivel de herramientas para combatir las actitudes discriminatorias, es poco operativa, especialmente si hablamos de las conductas del empleador anteriores a la contratación¹⁵.

En tal sentido, se evidencia una ausencia normativa en el ET, de disposiciones que ahonden en la discriminación y sus tipos, de cara no solo a los empresarios, sino también a las personas trabajadoras y los demás ciudadanos, y que importante es la aplicación y reconocimiento de la igualdad y no discriminación no solo en el contexto de la materia que analizamos, sino en nuestra vida cotidiana, por ejemplo. Es necesario recordar que el artículo 1 del ET dispone que el ámbito de aplicación es las personas trabajadoras que prestan servicios por cuenta ajena¹⁶.

Nos remitiremos entonces al TRLGPCD, el mismo que abordaremos líneas más abajo, pero que lo traemos a colación por contener los tipos y definiciones de discriminación en su artículo 2. Así, se define a la discriminación directa como una “situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad”; y, por otro lado, señala que se produce discriminación indirecta “cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”.

¹⁴ Artículo 17.1 del ET.

¹⁵ ESTEBAN LEGARRETA R, “Contrato de trabajo y discapacidad”, op. cit., pp.88.

¹⁶ Artículo 1 del ET

1.1.4 El derecho al trabajo y políticas de acceso al empleo de las personas con discapacidad

De acuerdo a una nota de prensa del INE, en el año 2020, la tasa de actividad de las personas con discapacidad era 41.8 puntos inferior a la de la población sin discapacidad. Y luego, solo el 34,3 por ciento de las personas de 16 a 64 años, eran activos¹⁷. Lo anterior, alerta del alto grado índice de desempleo por parte de este colectivo, entonces es cuando confirmamos que las herramientas dictadas en el ET no vienen siendo ni son suficientes.

Afortunadamente, el ordenamiento español, antes y ahora, cuenta con una norma sustantiva sobre derechos de las personas con discapacidad, el TRLGPCD. Esta norma dicta disposiciones que tienen como objeto garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades¹⁸ y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto de los demás ciudadanos, a través de la promoción del acceso al empleo, entre otros.

El TRLGPCD es una refundición de tres (3) cuerpos normativos anteriores¹⁹, tiene todo un capítulo dedicado al Derecho del Trabajo, y define a la igualdad en el ámbito laboral, como una situación en la cual hay ausencia de discriminación directa o indirecta con motivo de discapacidad, dentro de los siguientes espacios: el empleo, la formación, la formación profesional y las condiciones de trabajo²⁰. Así, en un esfuerzo por plasmar las acepciones de la igualdad y prohibición de la discriminación en todas sus formas, de las que comentábamos líneas arriba, el TRLGPCD enumera las garantías que tiene el colectivo de personas con discapacidad en relación con el derecho al trabajo, las mismas que serán

¹⁷ Instituto Nacional de Estadística., 2021, Última Nota de Prensa. En: *Últimos Datos*. Disponible, en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736055502&menu=ultiDatos&idp=1254735976595

¹⁸ Definido por el artículo 2 del TRLGPCD como “la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o por razón de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, laboral, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva”.

¹⁹ Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; la Ley 51/2013, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades.

²⁰ Artículo 36 del TRLGPCD.

objeto de referencia después. Estando a ello, se puede afirmar que el derecho a la igualdad en el ámbito laboral, no solo alcanza a la contratación, sino a actos previos a la ella²¹.

Es importante señalar que la protección del reconocimiento del derecho al trabajo de personas trabajadoras con discapacidad está dotado de vulnerabilidad, pues es notado que la doctrina considera únicamente que las discriminaciones en el acceso al empleo, y las extinciones sin o con causa, son los puntos claves para proteger el derecho individual al trabajo. En ese sentido, es intención de este trabajo poner los reflectores en el cumplimiento o aplicación normativa masivas que están impidiendo el cumplimiento de la política de acceso al empleo por parte de este colectivo.

Para ello, debemos preguntarnos ¿quiénes son consideradas personas con discapacidad, que cumplen con esa condición para ser parte de este colectivo?, Y ¿qué los hace diferentes de las demás personas? El TRLGPCD otorga a las personas con discapacidad dos tipos de conceptos: social y médico. El social, define a las personas con discapacidad como aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes²², no obstante, hay personas que no cumplen con estas condiciones e igualmente son personas reconocidas con personas con discapacidad en mérito al concepto médico, pues este último señala que serán consideradas personas con discapacidad “aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento”. Desde luego, para efectos del presente trabajo pondremos atención al concepto médico, dado que tiene incidencia en el cómputo de la plantilla y ello tendrá un impacto en el cumplimiento empresarial sobre el cumplimiento de la cuota de reserva, y con ello, acogimiento a las medidas excepcionales u otras medidas por parte del empleador, pues existe una exigencia para determinadas empresas – no todas – de emplear a personas con discapacidad.

Lo anterior, es confuso, por poner un ejemplo, puede haber personas que sin tener el reconocimiento de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, pueden ser merecedoras de una discapacidad. Convendría entonces hacer una calificación al concepto médico y al social, señalando de manera expresa sus diferencias o uniformizarlo, a fin de brindar seguridad jurídica a este colectivo.

²¹ ESTEBAN LEGARRETA R, “Contrato de trabajo y discapacidad”, op.cit., pp. 88

²² Artículo 4.1 del TRLGPCD.

1.2 Medidas de acción positiva para fomentar el empleo de personas con discapacidad

Insisto en que la promoción de la igualdad en el acceso al empleo de personas con discapacidad no solo quiere decir que como Estado debemos prohibir la discriminación, sino también requiere que se lleven a una serie de acciones que nos permita contar con herramientas normativas que garanticen que las personas de este colectivo puedan tener desarrollo y oportunidades en el mercado laboral, lo que implica también, exigir adaptaciones en el entorno de trabajo, y que este sea accesible para las personas con discapacidad aptas para trabajar con el apoyo que corresponda, en caso sea necesario.

Así, es importante realizar una distinción entre las medidas de política social que siempre son permitidos, y por otro lado la acción positiva, que necesita una justificación dado su apartamiento de la igualdad de trato. Sobre la política social, esta surge como consecuencia de la dignidad humana, y su formulación como política, al igual que las formuladas para el desempleo, subempleo, ayuda de personas sin hogar y otros, están estrechamente relacionadas con la igualdad de oportunidades o resultados; así, generalmente los que se benefician de estas políticas son colectivos menos favorecidos. Por ejemplo, podemos citar como medidas de política social: Ofrecer financiación de una autoridad pública para que puedan adaptar sus lugares de trabajo a fin de permitir el acceso de las personas con discapacidad. De otro lado, las medidas de acción positiva, consiste en prestar garantías a la igualdad de oportunidades, teniendo en cuenta la diversidad de las personas con discapacidad; así los estados pueden exigir a los empleadores que introduzcan dichas medidas. Como ejemplo de medida de acción positiva, por ejemplo, tenemos a la obligación de los empleadores a contratar un determinados número o porcentaje de personas trabajadoras con discapacidad, o exigirles que establezcan unas metas específicas²³.

A mi juicio, como medida de política social, el Estado español otorga a los poderes públicos dos obligaciones, una principal consistente en realizar políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de personas con discapacidad, y dos disgregadas, pero no

²³ Organización Internacional del Trabajo, Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidad a través de la legislación. Directrices, 2014, pp. 25-26, Disponible, en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/--ifp_skills/documents/publication/wcms_322694.pdf

menos importantes, que son la de prestar atención especializada que requiera este colectivo, y por otro, amparar el disfrute de derechos del que gozan todos los ciudadanos españoles según la constitución²⁴.

Así, en la línea de lo que comentamos en el numeral anterior, es el Estado quien debe desarrollar una política orientada al pleno empleo²⁵.

El apartado 3 del artículo 17 del ET dota al Gobierno de facultades para “regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de personas trabajadoras demandantes de empleo”, y también para “otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de personas trabajadoras demandantes de empleo”. Asimismo, aclara, por un lado, que todas estas medidas se harán previa consulta de organizaciones sindicales y asociaciones empresariales con más representación; y por otro, que todas estas medidas están orientadas “fomentar el empleo de los trabajadores desempleados” y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido.

Debe tenerse en consideración que hubo una trasposición de normativa comunitaria que supuso un impulso en esta materia, y es que el capítulo III del Título II de la Ley 62/2003 fue dedicado a la aplicación del principio de igualdad de trato, definiéndolo el artículo 28.1 como “la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona”, y señalando que para garantizar la práctica de esta plena igualdad, el principio de igualdad de trato no impedirá que se “mantengan o adopten” medidas a favor de colectivos, como en el caso del colectivo sub análisis, que es el de personas con discapacidad. Así, esta Ley incorporaba a la normativa española los motivos de discriminación contenidos en la Directiva 2000/78/CE, modificando ciertas disposiciones vigentes en ese momento, tanto en el ET²⁶ como en la LISMI²⁷²⁸.

²⁴ Artículo 49 de la CE.

²⁵ ESTEBAN LEGARRETA R, “Contrato de trabajo y discapacidad”, op. cit., pp. 116.

²⁶ Artículo 4.2.c) y e), 16.2, 17.1 y 54.3.g).

²⁷ Se introdujo un nuevo redactado en el artículo 37 de la LISMI, y se incorporó el artículo 37 bis.

²⁸ PÉREZ PÉREZ, J., “Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva”, op.cit., pp. 208.

Ahora bien, como líneas arriba hemos comentado, la normativa vigente es el TRLPCD, el cual, a mi juicio, de su redacción, plantea la finalidad del establecimiento de estas políticas en dos sentidos de orientación, las relacionadas a los actos previos de la contratación, y a los relacionados a la relación laboral propiamente dicha. Con el primer grupo se busca combatir la elevada tasa de desempleo colectivo, aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral también; y con el segundo se busca mejorar la calidad del empleo y sus condiciones de trabajo, en su sentido individual.

Asimismo, también es finalidad de la política, combatir activamente la discriminación, que es de aplicación para los dos sentidos líneas arriba señalados en el párrafo precedente²⁹.

Se ha de reconocer pues, que la creación del empleo refuerza de modo directo a la inserción laboral de las personas con discapacidad. Así, está comprobado que, en una situación de altos índices de desempleo, la discriminación en el acceso al empleo se agrava³⁰. En ese orden de ideas, para efectos del presente trabajo, se pondrá énfasis a las acciones en concreto – en los actos previos de la contratación - con las que se pretende dar cumplimiento a la finalidad de esta política.

Para ello, primero debemos indicar que el ordenamiento legal señala que las personas con discapacidad ejercen su derecho al trabajo a través de los diversos tipos de empleo³¹. Así, mientras con el empleo ordinario se busca conciliar el derecho al trabajo, con las desventajas que ocasiona la condición de discapacidad; en el empleo protegido el Estado español se vale de centros especiales de empleo para una inclusión laboral de las personas con discapacidad.

1.2.1 Obligación de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad

La cuota de reserva para personas trabajadoras discapacitados es el número de puestos que una empresa debe tener en reserva para emplear a personas con discapacidad.

²⁹ Artículo 37 del TRLGPCD.

³⁰ ESTEBAN LEGARRETA R, “Contrato de trabajo y discapacidad”, Madrid, 1999, pp. 118.

³¹ Art. 37.2 del TRLGPCD.

De este modo, el artículo 42 del TRLGPCD, plantea como exigencia para las empresas de 50 o más personas trabajadoras, el cumplimiento de la denominada *cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad*, que consiste en que mínimamente, el 2 por ciento de la plantilla sean personas trabajadoras con discapacidad³².

Actualmente, con la última, refundición la norma prevé que la plantilla a computar a nivel empresa, y que no solo se computen personas trabajadoras con contrato indefinido o temporal de la propia empresa, sino también las personas contratadas por las empresas de trabajo temporal y que presenten efectivamente servicios a la empresa ordinaria en virtud de contratos de puesta a disposición.

Es preciso señalar también que, el Criterio Técnico 98/2016 de la ITSS, expone cuestiones sobre el cómputo de personas trabajadoras en la plantilla para la determinación de lo que constituirá el 2 por ciento, por lo que será importante su remisión ante alguna cuestión de cómputo a nivel estatal. Y, por otro lado, el Decreto 86/2015, de 2 de junio, sobre la aplicación de la cuota de reserva del 2 por ciento a favor de personas con discapacidad en empresas de 50 o más personas trabajadoras y de las medidas alternativas de carácter excepcional a su cumplimiento, cuyo ámbito de aplicación es en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

1.2.2 Excepcionalidad a la obligación

El mismo artículo 42 de la norma sustantiva, plantea en su redacción del segundo párrafo, la posibilidad de acogerse a una excepción a la obligación del cumplimiento de cuota de reserva de puestos de trabajo, de manera que las empresas públicas y privadas podrían quedar exentas de la obligación de 2 formas: la primera mediante un acuerdo recogido a nivel negociación colectiva a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.2 y 3 del ET; o la segunda, por opción voluntaria del empresario debidamente comunicada a la autoridad

³² ESTEBAN LEGARRETA R. en “Atención y Protección Jurídica de la Discapacidad” Capítulo V. Integración laboral de las personas con discapacidad, pp. 261, señala que esta disposición contaría con el apoyo del artículo 40 del TRLGPCD, pues está destinada a “prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad”. Asimismo, comenta que el diseño actual de la cuota de reserva no tiene mayor relevancia porque el tamaño de las empresas está por debajo de los 50 trabajadores.

laboral. En cualquiera de los supuestos, serán de aplicación medidas alternativas que se determinen reglamentariamente³³.

Así, en el Real Decreto 364/2005, documento técnico normativo que regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de las personas trabajadoras con discapacidad, encontraremos el contenido preciso de las situaciones de excepcionalidad a la obligación, así como el procedimiento que se debe seguir para obtener esta situación de excepcionalidad. Cabe indicar que, en Anexo 1 adjunto, se adjunta un flujograma sobre este procedimiento de solicitud de otorgamiento de excepcionalidad³⁴.

El Real Decreto señala que será posible quedar exento de esta obligación – del cumplimiento de la obligación de cuota de reserva – de forma parcial o total, a través de los acuerdos celebrados en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, en el de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.2 del ET. Y, en caso no concurra, se podrá por opción voluntaria, por los motivos establecidos, hacer uso de esta excepcionalidad, siempre que se aplique alguna medida sustitutoria, alternativa o simultánea, regulada en el mismo decreto³⁵.

Cabe señalar que en ambos textos normativos se hace referencia a la voluntariedad con la que el empresario podría acogerse a la excepcionalidad, lo cual podría ser una disposición engañosa, en la medida de que como veremos, la excepcionalidad debe ser declarada solo en determinados y específicos supuestos.

Supuesto 1 - Cuando haya inexistencia de demandantes inscritos en la oferta de empleo o porque no haya personas interesadas en la oferta.

- Configuración: Para la configuración de este supuesto, previamente debe haber concurrido el intento de atención de la oferta de empleo a través de las gestiones de intermediación necesarias – por parte de los servicios públicos de empleo competentes, o las agencias de colocación-, con un resultado negativo.³⁶

³³ Artículo 42.1 del TRLGPCD

³⁴ Fuente: elaboración propia

³⁵ Artículo 1.1 del Real Decreto 364/2005

³⁶ Artículo 1.2 a) del Real Decreto 364/2005

- Órgano competente: La declaración de excepcionalidad está a cargo de los servicios públicos de empleo.³⁷
- Declaración de excepcionalidad tendrá como base la inexistencia total o parcial de demandantes de empleo con mención expresa de las ocupaciones solicitadas.³⁸
- Alcance: Al número de vacantes para personas trabajadoras con discapacidad, que luego de los intentos de contratación, ha sido imposible de cubrir.

Sobre el particular, si una empresa pide acogerse a la excepción, la razón de ello, es porque no ha logrado cubrir la oferta de empleo, y si existe esta excepción como parte de la acción positiva, naturalmente, es porque hay un indicador de que las empresas no cumplen con esta obligación por el motivo que sea.

Es decir, si por un lado tenemos que la tasa de actividad de las personas con discapacidad es inferior a la de la población sin discapacidad, y por otro, tenemos a empresas solicitando acogerse a la excepción, esto resulta un poco incongruente visto desde un punto de vista general; y si entramos más en detalle, entonces nos encontraremos con los motivos para que ello suceda.

Uno de esos motivos, por ejemplo, es que, en el marco de los procesos de selección, hay dificultades para que las personas con discapacidad coincidan con los rasgos de la oferta, es decir, no hay una correcta relación entre los perfiles convocador y la oferta. Y también, los rechazos abusivos al que están expuestas las personas con discapacidad, como resultado de actitudes discriminatorias, en la medida que el candidato se ajuste al perfil, finalmente no logra gustar al empresario.

Una propuesta para ello podría ser contar con la intervención de entidades especializadas para gestionar la intermediación de la contratación. Entidades que cuenten con bases de datos de personas calificadas por sectores, experiencia, y demás que pueda ayudar en su colocación en el trabajo. Es oportuno comentar que existen disposiciones que señalan la importancia de esta especialización, por ejemplo, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, dispone que estas entidades – servicios

³⁷ Artículo 1.3 del Real Decreto 364/2005

³⁸ Artículo 1.3 del Real Decreto 364/2005

públicos de empleo o agencias de colocación— como parte de la intermediación laboral deberán (...) velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y profesional requerido, a fin de no excluir del acceso al empleo a las personas con discapacidad”³⁹; y también el Decreto 86/2015 que resalta la importancia de la “existencia de falta de relación directa entre los requerimientos de la oferta y el puesto de trabajo a ocupar han de ser motivo de requerimiento de enmienda y paralización de la oferta de empleo”.

Supuesto 2 - Cuando existan cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad para incorporar personas trabajadoras con discapacidad a la planilla de la empresa.

Cuando concorra este supuesto, la norma otorga la prerrogativa al Servicio Público de Empleo de poder exigir aportación documental de entidades públicas y privadas que sustenten lo que alegan.⁴⁰

Sobre este supuesto, no está establecido el momento preciso en que la empresa puede solicitar la declaración de excepcionalidad; por lo que sería acertado que a nivel administrativo sea una cuestión que quede clara al empresariado; sin embargo, se debe considerar que en este y el supuesto anterior, el plazo para que la administración resuelva es de dos meses, aplicando el silencio administrativo positivo en caso de ausencia de respuesta.

Ahora bien, de lo descrito, es posible observar que el Servicio Público de Empleo hace la gestión necesaria de intermediación para cubrir las ofertas de empleo, y a su vez, es quien evalúa el otorgamiento de la excepcionalidad. La dificultad en esta regulación, es precisamente determinar las situaciones en las que se puede producir la excepcionalidad, de modo que constituyan realmente una vía extraordinaria de excepción a la común que es contratar el 2 por ciento de la plantilla. En ese sentido, la aplicación práctica como

³⁹ Artículo 21 bis 4 f de la Ley 56(2003, de Empleo

⁴⁰ Artículo 1.2 b) del Real Decreto 364/2005

consecuencia de la gestión del empleo llevado a cabo por el Servicio Público de Empleo ha conseguido revertir la excepcionalidad y la ha convertido en una alternativa⁴¹.

Asimismo, el planteamiento y redacción utilizada sobre diversos aspectos del procedimiento, como la vigencia de la declaración de excepcionalidad por ejemplo “las empresas deberán solicitar una nueva declaración, en el caso de persistir la obligación principal”, la hace parecer un mero trámite de renovación cuando se produzca el vencimiento.

En esa línea, Pérez ha señalado que lo descrito por el Real Decreto 364/2005 no es entendido como una exención de la obligación de reserva, sino por el contrario, una posibilidad de dar cumplimiento a la obligación de reserva de forma diferente⁴², reflexión con la que no podría estar más de acuerdo.

A mi juicio, si bien el legislador tenía la intención de exponer con claridad en que casos aplica la excepcionalidad, no es menos cierto que el planteamiento utilizado en la norma, busca facilitar la realización de un *trámite*, evitando remarcar que se trata de una excepción a la regla. Asimismo, y de mayor importancia, el hecho mismo de que este tipo de medidas esté contenido en un Real Decreto tratándose de una excepción a la regla, debería estar contenido en una norma con rango de Ley.

1.2.3 Medidas alternativas

Las medidas alternativas están contenidas en el artículo 2 del Real Decreto 364/2015, siendo estas:

- Compra de bienes o servicios accesorios a Centros Especiales de Empleo, por una cuantía de 3 veces el IPREM anual por persona dejada de contratar.
- Donaciones o acciones de patrocinio a entidades, por una cuantía de 1,5 veces el IPREM anual por persona dejada de contratar.

⁴¹ PÉREZ PÉREZ, J., 2012. La cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad: una visión crítica de la regulación de las medidas alternativas a su cumplimiento, Revista Doctrinal Aranzadi Social. Pamplona: Editorial Aranzadi, num 4/2012, pp 9.

⁴² PÉREZ PÉREZ, J., “Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva”, op.cit., pp. 420.

En Anexo 2 adjunto⁴³, se presenta un modelo de solicitud de declaración de excepcionalidad, con propuesta de medidas alternativas.

Sobre el particular, en tanto la declaración de excepcionalidad sea obligación del Servicio Público de Empleo, la aplicación de medidas alternativas estaría condicionado, pues la declaración de excepcionalidad puede o no otorgarse, pero en caso la respuesta sea negativa, ello impediría la adopción de medidas alternativas. Es decir, en la medida que solo se puede adoptar medidas alternativas en casos de declaración de excepcionalidad, no es posible adoptar medidas alternativas por parte de las empresas. En ese sentido, resulta recomendable un cambio del contenido del Real Decreto 364/2005 a una norma con rango de Ley, que bien podría ser la norma sustantiva TRLGPCD, y de este modo, evitar las dudas de la legalidad que se puedan producir⁴⁴.

CAPÍTULO II

EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL ORDEN SOCIAL

⁴³ Fuente: elaboración propia

⁴⁴ PÉREZ PÉREZ, J., "Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva", op.cit., pp. 422.

2.1 El ius puniendi del Estado español

2.1.1 La potestad sancionadora y sus principios

En un Estado de Derecho, la Administración tiene la necesidad de hacer cumplir la Ley en sus propios ámbitos de actuación, así, debe tener en su ordenamiento un sistema articulado de infracciones y sanciones, para que, ante la comisión de infracciones, esta se pueda sancionar con un procedimiento eficaz, pero además con el respeto a las garantías del administrado.

Así, este sistema articulado, debería permitir al Estado, ante un hecho causal, hacer reconocimiento de la norma vulnerada, y la consecuencia que acarrea esta conducta.

En tal sentido, la Administración Pública está dotada por el ordenamiento de poderes jurídicos que la facultan para el ejercicio de sus actividades⁴⁵ que inciden en casi todas las acciones de la vida de los ciudadanos, por poner un ejemplo, desde que conducimos un coche, hasta que efectuamos la compra de una casa. Los procedimientos administrativos están presentes en todo momento aun cuando no nos demos cuenta de ello.

Regularmente, la potestad administrativa, no está verificando todo el tiempo si las personas cometen o no infracciones en el día a día, sino más bien se avocan a conocimiento e intervienen ante un estímulo, que podría ser, la flagrante comisión de infracciones cuando vamos conduciendo el coche, o cuando hemos evadido impuestos en la compra de esa casa, en los ejemplos que he dado. Así, es evidente que la intervención de la administración a nivel sancionador, no está observando la comisión de infracciones, sino esperando a que se le notifique de ello para así intervenir, lo que convierte a las circunstancias infractoras en un azar, y con ello, el consentimiento de un derecho injusto para algunos, pues la potestad sancionadora puede estar hoy en una calle imponiendo infracciones vehiculares, y mañana no estar.

⁴⁵ SICRE GILABERT, F., "La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la actuación inspectora y el procedimiento sancionador", Sepín, Madrid, 2018, pp. 179

Con todo esto, voy a señalar que este azar, a la imposición de sanciones sin mirar a quien la impone, sino por qué razón la impone. Bajo esa circunstancia, lo mínimo que podrían esperar los administrados, es un procedimiento sancionador que esté dotado de garantías mínimas y un debido procedimiento.

Estas garantías vienen contenidas en principios, sobre los cuales haremos un breve desarrollo dada la importancia que ocupa en este trabajo. Cabe señalar que se encuentran recogidos en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

- Principio de legalidad: La potestad sancionadora se ejerce cuando ha sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley. Así, el artículo 25.2 del RJSP señala que las disposiciones del capítulo serán extensivas al ejercicio de las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria.
- Principio de irretroactividad: Son de aplicación las sanciones vigentes al momento de producirse la conducta infractora.
- Principio de tipicidad: Solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas, y únicamente pueden ponerse sanciones por infracciones administrativas.
- Principio de proporcionalidad: Las sanciones sean o no de naturaleza pecuniaria, no puede implicar privación de la libertad.

2.2 Derecho administrativo como una alternativa al derecho penal

La CE ha reconocido a la potestad sancionadora de la Administración⁴⁶, estableciendo el principio de legalidad en materia punitiva, afirmando que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que al momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento”. Y además de reconocer ello, prohíbe a la Administración civil la imposición de sanciones que directa o de manera subsidiaria, impliquen privación de libertad⁴⁷, precepto que al ser interpretado contrario sensu, faculta a los poderes públicos de imponer otro tipo de sanciones.

Sobre el particular, se ha buscado que el derecho que otorga penas privativas de libertad, es decir el derecho penal, sea utilizado como principio de última ratio, al que no se tenga

⁴⁶ Artículo 25.1 de la CE

⁴⁷ Artículo 25.3 de la CE

que recurrir con frecuencia, menos aún si se considera la intervención de la potestad administrativa sancionadora como una de azar como hemos señalado arriba.

Al derecho penal se recurre cuando el resto es insuficiente, pero ello no implica que existan diferencias entre estos, más por el contrario, son muy parecidas al ser derivadas de la rama que ejerce la potestad que sanciona por conductas, y comparten muchos principios en común para otorgar seguridad jurídica y garantías al sujeto que infringe la normativa.

Dada la convergencia de ambas ramas del derecho, resulta oportuno traer a colación un principio de importancia en su aplicación, nos referimos al del “non bis in idem” por el cual no es posible sancionar hechos que ya fueron antes sancionados penal o administrativamente, siempre que concurren la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

A decir de este principio, no está recogido en el ordenamiento jurídico español en alguna norma general, por lo que solo podemos remitirnos al artículo 25 de la CE que ya comentamos, y a otros artículos que nos dan indicios de su significado.

Sin embargo, en el ámbito social del derecho, ha tenido un amplio desarrollo sobre la base de los principios de proporcionalidad y cosa juzgada, prohibiendo la aplicación de dos o más sanciones, o procesos, o procedimientos, cuando concorra la identidad de sujetos, hechos y fundamento, siempre en cuando no exista una relación de supremacía de la Administración respecto al sujeto⁴⁸.

2.1 Estructura del procedimiento administrativo sancionador en el orden social

Variadas son las vertientes de actuación y procedimientos a cargo de la administración pública del estado, así, naturalmente, todos los procedimientos administrativos no se encuentran regulados en la LPACAP, y aun cuando esta última es de aplicación supletoria y subsidiaria⁴⁹, previene en su Disposición Adicional Primera, que los procedimientos administrativos regulados en Leyes especiales - como es el caso de procedimientos de

⁴⁸ DEL REY GUANTER, S. Potestad Sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pp. 111

⁴⁹ Artículo 51 del TRLISOS

gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo – se registrarán por lo dispuesto en su normativa específica, que para el orden social, será el Real Decreto 928/1998⁵⁰.

El procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social, este se encuentra contenido en el Real Decreto 928/1998⁵¹, que, para efectos de este documento lo hemos denominado RGPSL. El mencionado reglamento, contempla disposiciones no solo del procedimiento administrativo sancionador en esta materia, sino también las relacionadas a las actividades previas al procedimiento, los recursos impugnatorios que van a corresponder y otras disposiciones⁵².

Aquí es preciso advertir que en este procedimiento existe una separación a nivel orgánico, entre la actuación inspectora comprobatoria a cargo de la ITSS, y la fase instructora y sancionadora⁵³. Es decir, como cuestión previa al procedimiento sancionador, la actividad comprobatoria que realicen los inspectores o subinspectores laborales tienen relevante importancia, dado que debe llevarse a cabo con las garantías establecidas en la RGPSL.

2.1.1 Actividades previas al procedimiento sancionador

⁵⁰ Disposición adicional primera de la LPACAP

⁵¹ Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social

⁵² Sobre los expedientes de liquidación; Procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de los solicitantes o beneficiarios de prestaciones del Sistema de Seguridad Social y de trabajadores autónomos solicitantes o beneficiarios de la prestación por cese de actividad; Procedimiento sancionador derivado de la actuación previa de funcionarios técnicos habilitados por las Comunidades Autónomas con competencia en ejecución de la legislación laboral y del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo en las ciudades de Ceuta y Melilla; Procedimiento sancionador promovido por actuación administrativa automatizada en el ámbito de la Administración General del Estado.

⁵³ SICRE GILABERT, F. 2017. El procedimiento administrativo sancionador en el ámbito social del Derecho. Artículo publicado en <http://www.graduadosocialcadiz.net/blog/2017/10/26/articulo-colegiado-emerito-fernando-sicre-procedimiento-administrativo-sancionador-ambito-social-del-derecho/>, p4

Para los procedimientos de naturaleza sancionadora, la LPACAP resalta que las actuaciones previas buscan determinar con precisión, los hechos que motiven la incoación del procedimiento, identificación de persona o las personas responsables⁵⁴ y circunstancias relevantes que concurran. De esta manera, otorga la exclusiva de estas actividades, a los órganos que tienen atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia⁵⁵, que, para el orden social, es la ITSS.

Es preciso comentar que la ITSS tiene su regulación en la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y dentro de sus competencias tiene la de vigilar y exigir el cumplimiento de las normas legales reglamentarias y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos en el ámbito del sistema de relaciones laborales, prevención de riesgos laborales, sistema de la seguridad social, empleo y migraciones.

Bajo este escenario, en este extremo del trabajo, nos ocupa poner atención al Capítulo II de la RGPSL que tiene a cargo reglamentar la actividad inspectora como paso previo a un procedimiento administrativo sancionador, no sin antes señalar que para la imposición de sanciones por infracciones administrativas en el orden social es obligatorio el denominado expediente previo, el cual debe estar dotado de garantías y cumplimiento del reglamento⁵⁶, pues se debe tener en cuenta que es la base del procedimiento sancionador y la inobservancia de disposiciones mínimas, podrían acarrear la nulidad.

Así entonces, la actividad inspectora consiste en un conjunto de actuaciones para comprobar el cumplimiento o no de las disposiciones legales, reglamentarias y convenidas en el orden social. Lo anterior, dentro del plazo de nueve meses contados a partir de la fecha de la primera visita o requerimiento de comparecencia del sujeto inspeccionado, salvo ampliación por un mismo período (nueve meses) por circunstancias contenidas en el artículo 8.2 del RGPSL.

⁵⁴ El artículo 2 de la LISOS define y plantea un listado de sujetos responsables de las infracciones.

⁵⁵ Artículo 55.2 DE LPACAP

⁵⁶ Artículo 2.1 de RGPSL

Esta actividad de actuación de comprobación por parte de la ITSS se desarrolla con el trabajo de campo (visita de inspección) y/o documental (comprobación de datos o antecedentes que obran en las administraciones públicas), y luego de finalizada esta actuación los inspectores de la ITSS podrán adoptar la medida que corresponde de acuerdo al caso en concreto⁵⁷, siendo necesaria la extensión de un acta de infracción para dar inicio al procedimiento sancionador⁵⁸.

Al margen de lo anterior, es preciso señalar que es posible ciertas actuaciones de advertencia y recomendación, que consisten en que la ITSS, cuando la circunstancia lo aconseje, puede advertir, aconsejar, en vez de iniciar un procedimiento administrativo sancionador⁵⁹.

Corresponde aquí señalar cuál debe ser el contenido de las actas de infracción, dada su importancia como pauta para el inicio del procedimiento sancionador. Así, el inspector a cargo debe asegurarse que el acta contenga, además de los datos de identificación del sujeto presuntamente infractor, debe poner especial cuidado al relato de los hechos comprobados con expresión de los relevantes a efectos de la infracción, los medios que utilizó para su comprobación, los criterios en los que fundamenta la propuesta de la sanción, y la forma en la que se realizó la actuación, si esta fue con una visita, comparecencia o por expediente administrativo. Asimismo, deberá cuidar que el acta contenga la propuesta de infracción, propuesta de sanción, sanción accesoria, graduación y su cuantificación, reincidencia. Todo esto es importante, pues como líneas arriba se ha señalado, este procedimiento debe estar dotado de las garantías que dispone el procedimiento común en el título IV de la LPACAP, así como aquellas disposiciones garantistas del RGPSL.

⁵⁷ Las cuales se encuentran contenidas en el artículo 22 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social

⁵⁸ Artículo 22.5 de la LOITSS

⁵⁹ Artículos 17.2 del Convenio 81 de la OIT y 22.2 del Convenio 129 de la OIT, ratificados por el Estado español el 14 de enero de 1960, y el 11 de marzo de 1971, respectivamente.

2.1.2 El acta de infracción como actuación principal del inicio del procedimiento sancionador

Sobre la tramitación del procedimiento sancionador en el ámbito social, este inicia de oficio por acta de la ITSS⁶⁰ en virtud de actuaciones practicadas de oficio, por propia iniciativa o mediante denuncia, o a instancia de persona interesada.

La sola elaboración del acta no determina el inicio del procedimiento, pues hay que tener presente que las actas de infracciones impuestas por inspectores son revisadas por el jefe de la Inspección Provincial o de la Unidad Especializadas; y por el inspector al que estén adscritos, en el caso de las actas impuestas por subinspectores. Así, lo que se busca con esta revisión es hacer un control de calidad para determinar si las actas están incompletas, defectuosas, contrarias a criterios técnicos e interpretaciones ya establecidas para el desarrollo de la actividad inspectora⁶¹. Además de lo anterior, el acta de infracción impuesta por los Subinspectores Laborales deberá ser visada por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social bajo cuya dirección se actúa.

En ese orden ideas, es posible afirmar que con el levantamiento del “acta correcta” por el inspector actuante, que cumpla con todos los requisitos⁶² y superado el control de calidad, se da por iniciado el procedimiento.

Ahora bien, las actas deben contener información específica, la misma que está listada en el artículo 14 del reglamento.

El acta de infracción debe ser notificado al sujeto responsable en el plazo de diez días hábiles, contados a partir de la fecha de emisión del acta. En la misma se indica que pueden formular alegaciones en el plazo de quince días contados desde la fecha de notificación del acta, pero estas alegaciones se deberán realizar ante el órgano instructor; asimismo, estas

⁶⁰ Artículo 52.1 a) del TRLISOS; Artículo 1.2 RPGSL; y Artículo 22.5 de LOITSS

⁶¹ Art. 12 de RGPSL

⁶² Art. 14 de RGPSL

alegaciones pueden estar acompañados de la prueba que estimen pertinente⁶³. También, se deberá informar al sujeto presunto infractor de las alegaciones que podrá presentar.

2.1.3 De la instrucción del procedimiento

Indicábamos en la primera parte de este capítulo, que si bien la ITSS tiene responsabilidad de iniciar el procedimiento con el levantamiento del acta de infracción; la instrucción del procedimiento es competencia del órgano administrativo designado para dicha tarea⁶⁴.

Sobre el particular, el acta debería ser notificado al sujeto en el plazo de diez días hábiles de la fecha del acta de infracción; asimismo, esta última debe contener información por sí sola, que informe al sujeto responsable que podrá formular alegaciones en el plazo de quince días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación del acta, pudiendo adjuntar las pruebas que estime pertinente al órgano instructor del procedimiento.

Por otra parte, en caso no lo haga – presentar alegaciones -, ello tendrá dos consecuencias. La primera, es que esa acta podrá ser considerada una propuesta de resolución, y la segunda es que ello impide al órgano instructor solicitar un informe ampliatorio al inspector o subinspector actuante⁶⁵.

En este apartado, es preciso señalar una conducta que podría concluir con el procedimiento en esta fase, y es que si en el plazo otorgado para formular las alegaciones, el sujeto procede al pago de la sanción, reduciéndose esta última en un 40 por ciento, y se

⁶³ Art. 17.1 de RGPSL

⁶⁴ El artículo 18 bis de la RGPSL señala que el trámite e instrucción del expediente sancionador en el ámbito de competencias de las Comunidades Autónomas, corresponde a ellas mismas. El órgano instructor remite propuesta de resolución al órgano competente con una antelación mínima de 15 días al vencimiento del plazo establecido en el artículo 20.3 RGPSL.

De otro lado, corresponde a la Jefatura de la Unidad Especializada de Seguridad Social la instrucción y ordenación del procedimiento sancionador, siendo que esta ordenación finaliza con propuesta de resolución incluyendo la propuesta de sanciones accesorias que se remitirá al órgano competente para resolver con el expediente sancionador con una anticipación de 15 días al vencimiento del plazo establecido en el mencionado artículo 20.3 RGPSL.

⁶⁵ SICRE GILABERT, F., "El procedimiento administrativo sancionador en el ámbito social del Derecho". Artículo publicado en <http://www.graduadosocialcadiz.net/blog/2017/10/26/articulo-colegiado-emerito-fernando-sicre-procedimiento-administrativo-sancionador-ambito-social-del-derecho/>, p12-14

dará por concluido el procedimiento; no obstante, ello llevará el reconocimiento de responsabilidad y la renuncia al ejercicio de cualquier acción, alegación o recurso⁶⁶.

De otra parte, en caso se formulen alegaciones con hechos distintos a los del acta de infracción, corresponde que se asigne el expediente a un actuante con funciones inspectoras para que informe sobre las mismas. En este supuesto, luego de la emisión de este informe ampliatorio, se continuará con la instrucción hasta su resolución.

2.1.4 De la finalización del procedimiento sancionador

En el ámbito de la Administración General del Estado, la competencia sancionadora por infracciones del orden social corresponderá al órgano competente según lo que reglamentariamente se disponga; y, por otro lado, en el ámbito de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de ejecución de legislación del orden social, se ejercerá por los órganos y con los límites que impongan las propias comunidades.

Finalizada la instrucción, ahora corresponderá emitir la resolución final que tiene como acción principal terminar el procedimiento administrativo sancionador con la emisión de la resolución.

Pues bien, en el plazo de diez días desde el momento de finalización de la tramitación del expediente, previas las diligencias que haya correspondido, corresponderá que el órgano sancionador, confirme, modifique, o deje sin efecto la propuesta del “acta” de infracción, eso es lo que señala el artículo 20.1.

En este punto llama la atención que el RGPSL – antes, en la tramitación e instrucción del procedimiento – contenido en el artículo 18.4 y 18.4 bis denomina como “propuesta de resolución” al documento que emitirá el órgano instructor al órgano sancionador. Sobre el particular, sin duda la propuesta que emita el órgano instructor está relacionada con el acta de infracción⁶⁷; sin embargo, convendría que el legislador señale con claridad la denominación de la propuesta del órgano instructor, por dos razones, primero porque como hemos dicho líneas arriba, la fase de actividad inspectora es una distinta a la del procedimiento administrativo sancionador; y segundo por la seguridad jurídica que debe

⁶⁶ Artículo 47.1 de RGPSL

⁶⁷ SICRE GILABERT, F., “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la actuación inspectora y el procedimiento sancionador”, Sepín, Madrid, 2018, pp. 275

tener este procedimiento que como arriba hemos señalado, debe garantizar el debido proceso.

La notificación de la resolución que contiene la sanción se realizará advirtiendo los recursos impugnatorios que correspondería presentar contra dichas sanciones, el órgano administrativo o judicial donde se debería presentar, así como el plazo para su interposición.

Si se imponen sanciones pecuniarias, entonces corresponderá que la notificación, contenga el importe a pagar; el plazo, lugar y forma de pago en período voluntario; y el pre aviso de que, si no se hiciera el pago en los términos señalados, se devengará el recargo de apremio con los intereses de demora, en caso no se haya interpuesto el recurso de alzada. En este último supuesto, se puede hacer la ejecución por el procedimiento de apremio que corresponde.

Ahora bien, cabe indicar en este sub apartado, que también son parte de los tipos de sanciones en la potestad sancionadora, las sanciones accesorias establecidas en la TRLISOS, respecto de las cuales haremos referencias líneas más abajo en este capítulo, pero no pasaremos la oportunidad de señalar que estas sanciones serán impuestas por quien imponga la sanción principal de la cual son derivadas⁶⁸.

2.1.5 De los recursos impugnatorios

El sujeto infractor podrá interponer recurso de alzada en el plazo de un mes ante el órgano competente por razón de la materia⁶⁹. Resuelto el recurso, se dará por agotada la vía administrativa. Luego de transcurridos tres meses, desde la interposición del recurso ordinario, sin que sea resuelto corresponderá la desestimación del recurso y quedará expedita la vía contencioso administrativa⁷⁰.

⁶⁸ Artículo 48 de RGPSL

⁶⁹ Artículo 23 de RGPSL

⁷⁰ Capítulo IV de la RGPSL

2.2 Ley Sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

El precepto que contiene las infracciones y sanciones en el orden social a la fecha, es el texto refundido conocido como TRLISOS, fue aprobado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en el mes de agosto de 2020 y se encuentra vigente desde el 1 de enero de 2001.

El TRLISOS es el resultado de la refundición de la Ley 8/1988 de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, como parte de una tarea impuesta por el Tribunal Constitucional a través de la sentencia 195/1996⁷¹ y la disposición adicional primera de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social⁷².

Este dispositivo legal integra las infracciones administrativas en el orden social, que, por acción u omisión, es responsabilidad de los sujetos responsables, de manera tal que señala la sanción a aplicar por cada conducta infractora. Las infracciones pueden ser leves, graves y muy graves, en atención a dos elementos: 1) la naturaleza del deber infringido, 2) la entidad del derecho afectado⁷³. Profundizar acerca de estos dos elementos será materia de un siguiente capítulo.

La TRLISOS distingue los siguientes tipos de infracciones administrativas en función de la normativa de orden social infringida: laborales, en materia de seguridad social, en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, en materia de sociedades cooperativas, y por obstrucción a la labor inspectora.

2.2.1 Infracciones en materia de desarrollo y acceso al empleo por parte del colectivo de personas con discapacidad

⁷¹ En aras del respeto y clarificación del orden constitucional de competencias y en beneficio de la seguridad jurídica, imprescindibles en materia sancionadora.

⁷² Disposición que autoriza al Gobierno para elaborar, en el plazo de nueve meses desde su entrada en vigor, un texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en el que se integren, debidamente regularizadas, aclaradas y sistematizadas, las distintas disposiciones legales que enumera.

⁷³ Art. 1.3 TRLISOS

A efectos de este trabajo nos detendremos en el estudio de las infracciones laborales, que de acuerdo al artículo 5 del TRLISOS se definen como “ las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional para el empleo, de trabajo temporal y de inserción sociolaboral, tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente Ley”. Así, el precepto divide estas infracciones en secciones⁷⁴ y a su vez en subsecciones en algunos casos, a fin de tipificar las conductas leves, graves y muy graves.

Ahora bien, materia de este trabajo de investigación es hacer especial referencia y análisis a dos conductas infractoras. Esta especial referencia se realizará en el siguiente capítulo, no obstante, en este punto detallaremos cuales son las conductas infractoras que pueden imputarse por incumplimientos que impactan en el desarrollo y acceso al empleo por parte del colectivo de personas con discapacidad.

a) Dentro del ámbito de las relaciones laborales

- Infracción muy grave por decisiones unilaterales que implican discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de discapacidad, o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas trabajadoras en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de

⁷⁴ El Capítulo II de la TRLISOS agrupa a las infracciones laborales en secciones: Sección 1.^a Infracciones en materia de relaciones laborales, Sección 2.^a Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, Sección 3.^a Infracciones en materia de empleo, Sección 4.^a Infracciones en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, Sección 5.^a Infracciones de las empresas de trabajo temporal establecidas en otros Estados miembros de la Unión Europea o en Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como de las empresas usuarias, y Sección 6.^a Infracciones en materia de empresas de inserción.

personas trabajadoras como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. (artículo 8.12 del TRLISOS)

- Infracción muy grave por el acoso por razón de discapacidad, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo. (artículo 8.13 bis. del TRLISOS)

b) Dentro del ámbito de empleo y contratación

- Infracción grave por incumplimiento en materia de integración laboral de personas con discapacidad de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional. (artículo 15.3 del TRLISOS)
- Infracción muy grave por solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado. (artículo 16.1.c del TRLISOS)
- Infracción muy grave por la aplicación debida o la no aplicación a los fines previstos legal o reglamentariamente de las donaciones y acciones de patrocinio recibidas de las empresas por fundaciones y asociaciones de utilidad pública, como medida alternativa al cumplimiento de la obligación de reserva de empleo a favor de las personas con discapacidad. (artículo 16.1.g del TRLISOS)

Ahora bien, sobre los sujetos responsables, a quienes eventualmente se le pueden imputar estas conductas, la subsección que las alberga, en su título, nos sugiere tener en cuenta que estas infracciones son para:

- Empresarios en la relación laboral,
- Agencias de colocación,
- Entidades de formación,
- Aquellas que asuman la organización de formación profesional para el empleo programada por las empresas y de los beneficiarios de ayudas y subvenciones en materia de empleo y ayudas al fomento del empleo en general.

2.2.2 Sanciones en materia de desarrollo y acceso al empleo por parte del colectivo de personas con discapacidad

El artículo 40 del TRLISOS contiene, entre otras, la cuantía de las sanciones por infracciones en materia de relaciones laborales, empleo y contratación que previamente hemos detallado en el numeral 2.2.1.

Ahora bien, dada la importancia de este apartado en este trabajo de investigación, es pertinente adelantar que materia del siguiente capítulo será el análisis de las dos siguientes conductas infractoras:

- Artículo 15.3 del TRLISOS – Infracción grave por incumplimiento en materia de integración laboral de personas con discapacidad de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional.
- Artículo 16.1.c del TRLISOS - Infracción muy grave por solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico,

edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado.

En ese sentido, sobre las sanciones a aplicar a estas conductas infractoras, las hay de dos tipos: las pecuniarias⁷⁵ que serán detalladas junto a las infracciones en los siguientes párrafos; y las accesorias que, aunque no son directas al indicar los montos, no queda duda que reviste impacto económico al tratarse de la pérdida de subvenciones, ayudas, bonificaciones y beneficios por períodos de hasta dos años⁷⁶.

Así, para el caso de la conducta infractora del artículo 15.3 del TRLISOS, en la medida que se trata de una infracción grave, se podrá aplicar una sanción pecuniaria “en su grado mínimo, de 751 a 1.500 euros, en su grado medio de 1.501 a 3.750 euros; y en su grado máximo de 3.751 a 7.500 euros”, y según corresponda, una sanción accesoria de las contenidas en el artículo 46 del TRLISOS.

Y, para el caso de la conducta infractora del 16.1.c del TRLISOS, en la medida que se trata de una infracción grave, se podrá aplicar una sanción pecuniaria “en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros”, y según corresponda, una sanción accesoria de las contenidas en el artículo 46 del TRLISOS.

⁷⁵ Artículo 40.1 del TRLISOS

⁷⁶ Artículo 46 del TRLISOS

“Sanciones accesorias

1. Sin perjuicio de las sanciones a que se refiere el artículo 40.1 y, salvo lo establecido en el artículo 46 bis de esta Ley, los empresarios que hayan cometido las infracciones graves previstas en los apartados 3 y 6 del artículo 15 o las infracciones muy graves tipificadas en los artículos 16 y 23 de esta Ley, en materia de empleo, formación profesional para el empleo y protección por desempleo: a) Perderán, automáticamente, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción. La pérdida de estas ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo afectará a los de mayor cuantía, con preferencia sobre los que la tuvieren menor en el momento de la comisión de la infracción. Este criterio ha de constar necesariamente en el acta de infracción, de forma motivada. b) Podrán ser excluidos del acceso a tales ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios por un período máximo de dos años, con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción. (...).”

2.2.3 Prescripción de las Infracciones

Las infracciones en el orden social prescriben a los tres años contados desde la fecha de la infracción, a diferencia de las infracciones en materia de seguridad social, prevención de riesgos laborales y legislación de sociedades cooperativas⁷⁷.

2.2.4 Sobre la reincidencia y criterios de graduación de las sanciones

Existe la reincidencia en el orden social cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de 365 días posteriores a la notificación de la referida sanción. En cuyo caso, la cuantía de las sanciones podrá incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción que corresponde a la infracción, sin exceder las cuantías máximas previstas en el artículo 40 de la TRLISOS⁷⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, las sanciones por infracciones que hemos detallado en el numeral 2.2 de este capítulo, serán impuestas conforme criterios de graduación, en los grados de mínimo, medio y máximo. Para ello, como circunstancia que se puede agravar o atenuar la graduación, se tendrán en cuenta los siguientes criterios⁷⁹:

- Negligencia o intencionalidad del sujeto infractor
- Fraude o connivencia
- Incumplimiento de advertencias previas
- Requerimientos de la ITSS
- Cifra de negocios de la empresa
- Número de personas trabajadoras o beneficiarios afectados en su caso
- Perjuicio causado
- Cantidad defraudada

Ahora bien, el apartado de criterios de graduación de la TRLISOS hace especial referencia en uno de sus párrafos a los criterios de graduación para las infracciones por incumplimientos en materia de integración laboral de personas con discapacidad tipificada

⁷⁷ Artículo 4 del TRLISOS

⁷⁸ Artículo 41 del TRLISOS

⁷⁹ Artículo 39 del TRLISOS

en el artículo 15.3 de la TRLISOS⁸⁰, señalando que la sanción que se imponga será en su grado máximo cuando en los dos años anteriores a la fecha de la comisión de la infracción, el sujeto responsable ya hubiere sido sancionado en firme por incumplimiento de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad de sus medidas alternativas de carácter excepcional.

⁸⁰ Nos referimos a las infracciones por incumplimiento a la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad; así como las infracciones por aplicación de medidas alternativas de carácter excepcional

CAPÍTULO III

CONDUCTAS INFRACTORAS QUE IMPACTAN EN EL ACCESO AL EMPLEO

Vista la necesidad de contar con un derecho administrativo sancionador eficaz que contribuya al cumplimiento de obligaciones y acciones positivas para salvaguardar los derechos del colectivo de personas con discapacidad en materia de empleo, se considera oportuno hacer un análisis sobre algunas conductas infractoras y sanciones que se vienen aplicando, desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador.

De esta forma, nos centraremos en el análisis de las conductas infractoras siguientes, la razón para ello será explicado oportunamente en los sub apartados.

- la conducta imputable por incumplimiento de la cuota de reserva, contenida en la Sección 3.^a Infracciones en materia de empleo⁸¹, tipifica como infracción grave en el artículo 15.3 al “incumplimiento en materia de integración laboral de personas con discapacidad de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional”.
- la infracción muy grave a la conducta consistente en “Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado”.

3.1 Infracción por incumplimiento en materia de integración laboral

La disposición sobre el cumplimiento de la cuota del empleo está presente en la legislación española desde el año 1970⁸², lo cual significa que desde hace cincuenta años existe la

⁸¹ Esta sección tiene dos subsecciones. Subsección 1.^a Infracciones de los empresarios, de las agencias de colocación, de las entidades de formación o aquellas que asuman la organización de las acciones de formación profesional para el empleo programada por las empresas y de los beneficiarios de ayudas y subvenciones en materia de empleo y ayudas al fomento del empleo en general; y Subsección 2.^a Infracciones de los trabajadores por cuenta ajena y propia.

⁸² Disposición contenida en el artículo 11 del Decreto 2531/1970 bajo los siguientes términos: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, las Empresas cuya plantilla exceda de cincuenta

obligación, pero ¿todo este tiempo habrá sido suficiente para que los empleadores concienticen acerca de su cumplimiento?

Antes de la existencia de la estadística del INE no era posible conocer el grado de cumplimiento de esta acción positiva; sin embargo, la doctrina estimaba un cumplimiento que en ningún caso superaba la mitad del objetivo de la ley, entre un 0.5 y 1%⁸³.

Sobre el particular, se ha tenido acceso a datos estadísticos (Anexo 6, 7, 8 y 9⁸⁴) que brinda información interesante sobre el cumplimiento de la cuota de reserva, que, si bien no indica el número de empresas con 50 o más trabajadores que han dado cumplimiento a esta obligación, contiene datos del porcentaje de personas trabajadoras con discapacidad que han ido albergando las organizaciones en el sector público y privado, en los últimos años.

Así, es posible advertir que las personas trabajadoras con discapacidad son cada vez menores en las empresas entre 0 y 2% de personas con discapacidad, y por el contrario, las personas trabajadoras con discapacidad se están incrementando en las entidades que cumplen con la obligación legal. (Anexo 1)

Lo anterior, permite evidenciar que:

- Se están incrementando el número de entidades que cumple con la obligación de cuota de reserva.
- Hay una reducción de trabajadores con discapacidad dados de alta en empresas de más de 50 trabajadores que tienen menos de 2% de personas con discapacidad en sus plantillas, pasando de un 80% a un 58%.

Si bien estos datos son optimistas y positivos, no obstante, existe una brecha todavía, que debería ser de 0 si se cumpliera la obligación legal.

trabajadores fijos reservarán al menos un dos por ciento de la misma para los trabajadores minusválidos incluidos en el Censo respectivo”.

⁸³ FUENTES DE GARCÍA – ROMERO DE TEJADA, Carlos y VALMORISCO PIZARRO, Segundo, 2021. La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con las personas con discapacidad. *Revista Española de Discapacidad*. Madrid: Editorial, volumen 9, número 2, pp. 13. <https://doi.org/10.5569/2340-5104.09.02.01>. Disponible en: <https://www.cedid.es/redis/index.php/redis/article/view/741/439>

⁸⁴Fuente: <https://doi.org/10.5569/2340-5104.09.02.01>. Disponible en: <https://www.cedid.es/redis/index.php/redis/article/view/741/439>

De otro lado, en un estudio realizado a las campañas de la ITSS⁸⁵ (Anexo 7⁸⁶), se ha evidenciado que la ITSS realiza una media de más de 3500 actuaciones anuales para comprobación del cumplimiento de la cuota de reserva. Ahora bien, respecto de si debe tener una actuación más interventora, nos pronunciaremos líneas más abajo.

3.1.1 La calificación de la infracción como medida disuasoria

Desde el punto de vista de la tipificación, la redacción de la infracción en el artículo 15.3 del TRLISOS resulta correcta y no presentaría problemas en la actividad de la actuación inspectora, y es que el precepto determina un incumplimiento claro, sin lugar a interpretaciones. Sin perjuicio de ello, y con la finalidad de prevenir una eventual modificación al artículo 42.1 del TRLGPCD que se constituye en norma sustantiva de la materia, bien podría el TRLISOS señalar de forma expresa que la infracción se producirá cuando no se cumpla con la obligación contenida en el artículo 42.1 del TRLGPCD⁸⁷.

En este punto, me atrevo a traer al análisis al artículo 1.3 del TRLISOS que indica que las infracciones son calificadas “leves, graves y muy graves en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado”. Al respecto, sobre el deber infringido, es evidente que se trata de la norma sustantiva contenida en el artículo 42.1 del TRLGPCD⁸⁸. Pero la calificación que hace el legislador debe ir en concordancia con otro elemento, denominado “la entidad del derecho afectado”. Sobre esto último, como antes se ha señalado abundantemente, es un derecho constitucional de las personas de este colectivo el que se ve severamente dañado, y es un principio y valor el que se ve incumplido.

⁸⁵ FUENTES DE GARCÍA – ROMERO DE TEJADA, Carlos y VALMORISCO PIZARRO, Segundo, 2021. La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con las personas con discapacidad. *Revista Española de Discapacidad*. Madrid: Editorial, volumen 9, número 2, pp. 13. <https://doi.org/10.5569/2340-5104.09.02.01>. Disponible en: <https://www.cedid.es/redis/index.php/redis/article/view/741/439>

⁸⁶ <https://doi.org/10.5569/2340-5104.09.02.01>. Disponible en: <https://www.cedid.es/redis/index.php/redis/article/view/741/439>

⁸⁷ PÉREZ PÉREZ, J., “Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva”, op.cit., pp. 472

⁸⁸ “Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad”.

Esta conducta, es una de omisión, que se configura en tanto la empresa de 50 o más trabajadores no tenga en su planilla al 2 por 100 de personas trabajadoras con discapacidad.

Ahora bien, respecto de la cuantía de la sanción, siendo que es una grave, esta llevaría consigo una multa de entre 751 a 7500 euros⁸⁹.

Sobre el particular, teniendo en consideración el importe que en muchas ocasiones tiene la implementación de medidas alternativas, puede ocurrir que algunas empresas se cuestionen si es conveniente o no contratar a personas trabajadoras con discapacidad. En tal sentido quizá resulte conveniente replantear la calificación de la infracción, que en tal caso pasaría de grave a muy grave⁹⁰.

Como es de verse, la calificación de esta conducta como grave, puede traducirse en una oportunidad rentable y preferente para el empresariado; seguramente habrá quienes prefieren pagar las multas por estas cuantías, en lugar de cumplir con la obligación del artículo 42 del TRLGDPCD, o incluso, el acogimiento de las medidas excepcionales.

Sobre el particular, ya con anterioridad ha habido propuestas de distintos ámbitos para la variación de la tipificación actual, por poner un ejemplo, el CERMI como parte de su propuesta sugirió tipificar la infracción como muy grave en lugar de la tipificación actual⁹¹, pero tal parece que a la fecha no se ha tenido el impulso necesario para ello.

Como consecuencia de todo lo antes expuesto, considero que necesario un cambio de calificación de la conducta por incumplimiento de la cuota de reserva, siendo que, de calificarse como una infracción muy grave, sería posible imponer sanciones de entre 7.501 a 225.018 euros⁹², con lo cual, quizá se consiga disuadir el incumplimiento por parte del empresariado.

⁸⁹ Artículo 40.1.b) del TRLISOS

⁹⁰ PÉREZ PÉREZ, J., "Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva", op.cit., pp. 475

⁹¹ PÉREZ PÉREZ, J., "Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva", op.cit., pp. 212

⁹² Artículo 40.1.c) del TRLISOS

3.1.2 Etapa posterior a la imposición de la sanción

Cuando el órgano sancionador imponga la sanción correspondiente, entonces el empresario deberá efectuar el pago que corresponda conforme la sanción que se le aplique como consecuencia de los actuados en el procedimiento administrativo sancionador del que hemos hablado en el capítulo anterior.

Y luego de ello cabe la pregunta ¿hay una etapa posterior? Una etapa en la que se verifique si esa empresa luego de haber sido sancionada, ahora cumplirá. Naturalmente, lo primero que pensé es en quién tendría la competencia para hacer este nuevo cotejo de supervisión, y no habría más respuesta, que la ITSS.

Lo anterior, a partir de entre otros, la disposición contenida en el artículo 61 de la LPACAP por el cual se dota al órgano administrativo que tenía conocimiento de los hechos objetivos del procedimiento, de la iniciación del procedimiento.

En tal sentido, la ITSS podría comprobar su cumplimiento a lo largo del tiempo, porque estamos hablando de una obligación de tracto sucesivo, sin que ello implique la invocación del principio de non bis in idem por parte del empresariado ya sancionado con anterioridad. Recordemos que para que concurra el non bis in idem se requiere de la identidad de sujeto, hecho y fundamento; y en los casos sub análisis, ya no hay identidad de objeto al tratarse de infracciones distintas una de la otra. Asimismo, al momento de la instauración y sanción de este nuevo procedimiento administrativo sancionador, se podrá tomar en consideración la reincidencia de la empresa.

Para esto, se requeriría de la intervención de la ITSS y su competencia de acciones preliminares en el procedimiento administrativo sancionador, es decir, la emisión del acta de infracción correspondiente.

Sobre el particular, la doctrina antes ha señalado que una mayor intervención inspectora en esta materia no mejoraría el cumplimiento de la obligación de reserva, y con ello, el cumplimiento de la obligación del artículo 46⁹³.

⁹³ PÉREZ PÉREZ, J., "Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva", op.cit., pp. 480

Aquí, hay que tener en consideración que el artículo 63.3 de la LPACAP, sobre las especialidades en el inicio de los procedimientos de naturaleza sancionadora, dispone que no se pueden iniciar nuevos procedimientos de carácter sancionador por hechos o conductas tipificadas como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora, con carácter ejecutivo.

3.1.3 Tipicidad y el 15.3 del TRLISOS

En el análisis de esta conducta infractora, respecto del principio de tipicidad, advierto que cumple con el fin al ser una infracción muy bien redactada, además de ser directa y clara respecto de la obligación contenida en la norma sustantiva, si de imputar la conducta respecto del incumplimiento de la obligación de cuota de reserva se trata.

No puedo decir lo mismo de la conducta infractora en relación a las medidas alternativas de carácter excepcional, dado que, siento que en la medida que no seamos más rigurosos con la regulación de esta cuasi excepcionalidad, entonces no se sabrá si las empresas realmente se acogen a las excepciones porque es necesario o porque les resulta más fácil. Traeré aquí a colación que como parte de las medidas alternativas, se puede comprar o hacer donaciones por la cuantía que corresponda, por personas dejadas de contratar, pero tampoco sería una medida disuasoria que busque apoyar el impulso a la política de acceso al empleo.

3.1.4 Infracción conductas que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivo de discapacidad

Por otro lado, líneas arriba habíamos señalado que la doctrina ha venido considerando que los puntos claves a atacar a fin de proteger el derecho individual al trabajo, son las discriminaciones en el acceso al empleo, y las extinciones sin o con causa. Me parece el más importante a efectos de buena práctica y de estudio de medidas excepcionales, hacer un estudio sobre el acceso al empleo, los perfiles, su pertinencia y las dificultades empresariales por cubrir ofertas para personas con discapacidad. Ello desde un punto de vista de la discriminación indirecta incide en el acceso al empleo.

CONCLUSIONES

CAPÍTULO I

IGUALDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. A lo largo del capítulo se ha estudiado la triple connotación que se otorga a la igualdad, como valor superior, derecho y principio, reconociendo que la Constitución Española le otorga formalmente su reconocimiento como derecho, no obstante, desde el punto de vista de colectivos menos favorecidos, esto no es suficiente por sí solo, por lo que se hace necesario prohibir actos discriminatorios en el artículo 14 y solicitar expresamente a los poderes públicos que promuevan su reconocimiento en el artículo 9.
2. La ONU con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2008, la Unión Europea con el Tratado de Ámsterdam en 1997, han tenido como antecedente un desarrollo y reconocimiento lento pero cada vez mayor sobre la discriminación; sin embargo, queda camino por recorrer, un buen inicio sería actualizar tratados para sus miembros donde se afiance el valor de la igualdad, más que el de la no discriminación.
3. El 15 por ciento de la población corresponden al colectivo de personas con discapacidad, y de los mil millones de personas que conforman este colectivo, el 80% de ellos están en edad de trabajar, pero 41.8 por ciento menos que las personas sin discapacidad son los que tienen trabajo, lo cual refleja la alta tasa de desempleo. Este dato es suficiente para marcar una política más agresiva para el acceso al empleo por parte de este colectivo, revisar las conductas infractoras sería un buen inicio para ello.
4. EL TRLGPCD tiene dos conceptos para las personas con discapacidad, el médico y el social, pero como hemos visto, por más que esté regulado el concepto social, es necesario cumplir con el concepto médico para ser reconocido como persona con discapacidad- Para algunos efectos eso está bien – cómputo de plantilla para la cuota de reserva, por ejemplo -, pero para otros no. Convendría uniformizar los

conceptos para evitar confusiones y brindar seguridad jurídica a este colectivo, y sobre todo certeza a las personas que podrían merecerlo, con esto me refiero a las personas que sin tener el 33 por ciento de discapacidad, tendrían que estar amparadas por el concepto social.

5. La distinción entre medidas de política social y acciones positivas, es importante a nivel teórico. Convendría ponerlo en la regulación normativa para efectos de identificación al momento de legislar y de investigación también.
6. La voluntariedad a la que hace referencia el TRLGPCD y el Real Decreto 364/2005, es engañoso porque la excepcionalidad debe ser declarada; por lo que sería interesante hacer una evaluación para proponer su modificación. Se que no es un tema que impacte, pero de cara al administrado, podría tener buenos efectos.
7. Se advierte que lo que es una medida excepcional frente a la imposibilidad de incumplimiento de la obligación de la cuota de reserva, se ha vuelto un procedimiento alternativo, de trámite y con mera simpleza en su regulación, tanto que no muestra la excepcionalidad que lo reviste. Considero así, que se pudiera hacer una reforma integral de estas medidas excepcionales a fin de mostrar a las empresas la importancia de un efectivo del cumplimiento, y salvaguardar la igualdad de la que tanto se ha hablado en este trabajo, para las personas con discapacidad.
8. Como objeto del estudio se ha preparado un flujograma del procedimiento de solicitud de excepcionalidad y aplicación de medidas alternativas, así como un modelo de solicitud al Servicio Público de Empleo, los cuales espero que sirvan para estudio de los alumnos que se introducen en el tema.

CAPÍTULO II

EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL ORDEN SOCIAL

9. En el desarrollo de este trabajo ha llamado mi atención que no se invoquen los principios en la TRLISOS o en el RGPSL. Así, al margen de la aplicación supletoria, en la medida que la potestad administrativa sancionadora se aplica como suerte de

azar, en la medida que no a todos los que tienen conductas infractoras, alcanza; convendría un procedimiento dotado de principios y garantías. Considero que el primer paso para ello es regular y exponer los principios en instrumentos como el RGPSL o el TRLISOS.

10. En el ordenamiento legal español no se ha invocado o definido al principio del “non bis in idem”, si bien algunos artículos de la CE nos llevan a su interpretación, se podría hacer una especial referencia en la regulación del procedimiento administrativo general.
11. Existe una separación orgánica entre la fase de la actuación inspectora, y la instructora y sancionadora; no obstante, ha llamado mi atención que el órgano instructor no necesariamente la constituye un órgano diferente. También, no hay doctrina que señale que el órgano instructor puede variar una sanción propuesta por la ITSS. Considero que se debe hacer un estudio sobre conflicto de competencias entre la ITSS y el órgano instructor como tal.
12. El acta de infracción no inicia el procedimiento sancionador por sí misma, es necesario de su correcta notificación y del control de calidad que realiza el inspector a cargo. Convendría una aclaración en ese sentido, que indique que el acta notificada correctamente marca el inicio del procedimiento sancionador.
13. Como objeto del estudio se ha preparado tres flujogramas sobre el procedimiento administrativo sancionador en el orden social, contemplando la fase de las actuaciones inspectivas a cargo de la ITSS, y el procedimiento sancionador propiamente.

CAPÍTULO III: CONDUCTAS INFRACTORAS QUE IMPACTAN EN EL ACCESO AL EMPLEO

14. Del Anexo 6 se evidencia que se está incrementando el número de instituciones que cumplen con la obligación de la cuota de reserva, pero queda mucho por reducir la brecha, para que lleguemos al cumplimiento de la obligación de la cuota de reserva.

15. Sobre la calificación de grave a la conducta infractora del artículo 15.3 del TRLISOS, pone en riesgo el cumplimiento de la obligación de la cuota de reserva, porque habrá quienes prefieran pagar una multa por infracción, que resultaría más rentable desde el punto de vista económico. Convendría entonces hacer un estudio profundo a fin de proponer – aunque sea una vez más – el cambio de la calificación de grave a muy grave. De ser este el caso, las sanciones a imponerse serán de entre 7.501 a 225.018 euros.
16. Si bien podría no resultar tan conveniente una mayor actuación inspectora sobre empresas que acaban de ser sancionadas por incumplimientos en materia de integración laboral, siempre queda el artículo 63.3 de la LPACAP para, aunque sea, establecer pequeñas campañas de seguimiento en el corto plazo, a fin de inducir a las empresas al cumplimiento de la obligación.
17. La conducta infractora del 15.3 del TRLISOS es directa y clara cuando incumplimiento a la obligación de cuota de reserva se trata; no obstante, no lo es para el incumplimiento relacionado a las medidas alternativas. Convendría un estudio exhaustivo para una reforma, a fin de que las excepcionalidades, realmente sean eso, y no un trámite en el que se pueda acoger todo empresario que no quiere contratar personas con discapacidad.

BLIBIOGRAFÍA

- PÉREZ PÉREZ, J., “Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva”, Aranzadi, Navarra, 2015.
- ESTEBAN LEGARRETA, R., “Contrato de trabajo y discapacidad”, Ibidem, Madrid, 1999.
- QUIÑONES INFANTE S., “Género y Trabajo. La búsqueda de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales”. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019.
- DEL REY GUANTER, S. Potestad Sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pp. 111
- PÉREZ PÉREZ, J., 2012. La cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad: una visión crítica de la regulación de las medidas alternativas a su cumplimiento, Revista Doctrinal Aranzadi Social. Pamplona: Editorial Aranzadi, num 4/2012.
- SICRE GILABERT, F., “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la actuación inspectora y el procedimiento sancionador”, SEPÍN, Madrid, 2018.
- Organización Internacional del Trabajo, Discapacidad y Trabajo. En: Trabajo Decente. Disponible, en https://www.ilo.org/global/topics/disability-and-work/WCMS_475652/lang--es/index.htm
- Organización Internacional del Trabajo, Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidad a través de la legislación. Directrices, 2014 Disponible, en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/--ifp_skills/documents/publication/wcms_322694.pdf

- SICRE GILABERT, F. 2017. El procedimiento administrativo sancionador en el ámbito social del Derecho. Artículo publicado en <http://www.graduadosocialcadiz.net/blog/2017/10/26/articulo-colegiado-emerito-fernando-sicre-procedimiento-administrativo-sancionador-ambito-social-del-derecho/>

- FUENTES DE GARCÍA – ROMERO DE TEJADA, Carlos y VALMORISCO PIZARRO, Segundo, 2021. La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con las personas con discapacidad. Revista Española de Discapacidad. Madrid: Editorial REDIS, no. 2 [consulta: junio de 2022]. Disponible en <https://www.cedid.es/redis/index.php/redis/article/view/741/439>

- Instituto Nacional de Estadística., 2021, Última Nota de Prensa. En: *Últimos Datos*. Disponible, en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736055502&menu=ultiDatos&idp=1254735976595

TABLA DE ANEXOS

- ANEXO 1 – FLUJOGRAMA DE PROCEDIMIENTO DE EXCEPCIONALIDAD AL CUMPLIMIENTO DE RESERVA DE CUOTA

- ANEXO 2 – MODELO DE SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE EXCEPCIONALIDAD, CON PROPUESTA DE MEDIDAS ALTERNATIVAS

- ANEXO 3 – FLUJOGRAMA: PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL ORDEN SOCIAL

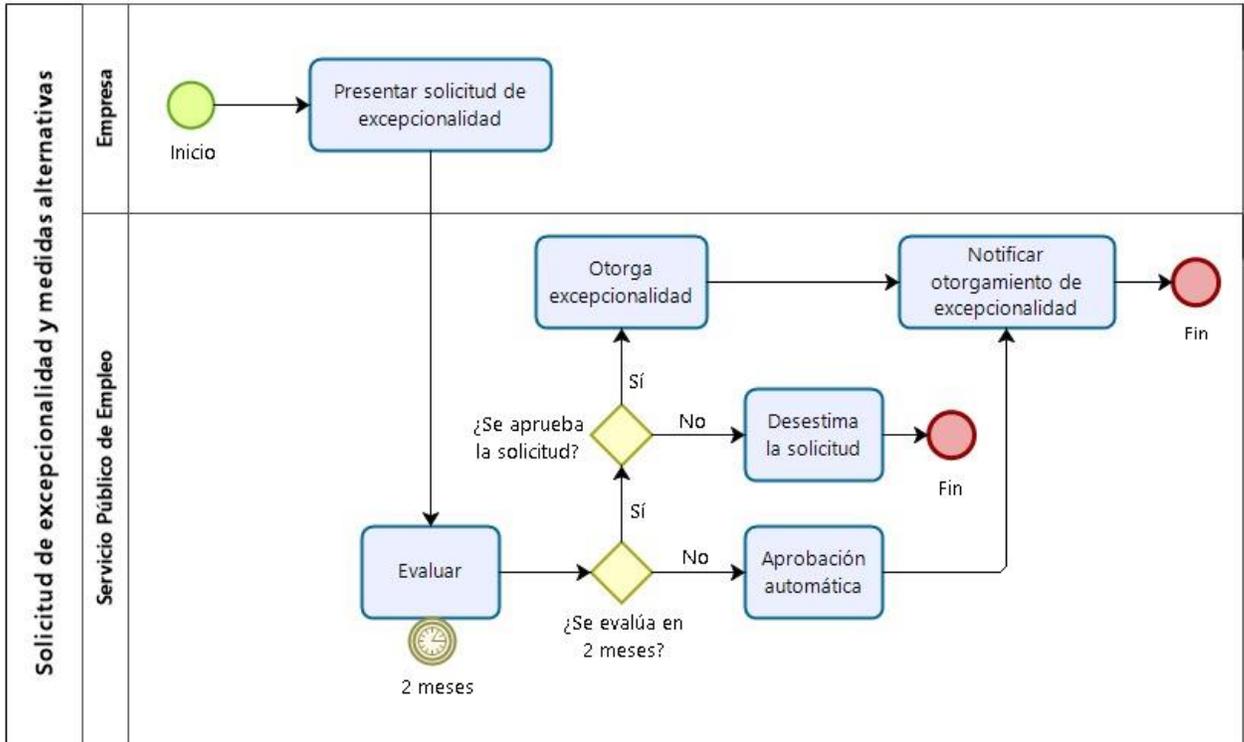
- ANEXO 4 – MODELO DE SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE EXCEPCIONALIDAD, CON PROPUESTA DE MEDIDAS ALTERNATIVAS

- ANEXO 5 – FLUJOGRAMA: PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL ORDEN SOCIAL

- ANEXO 6 – PORCENTAJE DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD QUE COTIZAN EN EMPRESAS > 50 TRABAJADORES, EXCEPTUANDO CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO, SEGÚN EL PORCENTAJE DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LA EMPRESA

- ANEXO 7 - ACTUACIONES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (ITSS) EN RELACIÓN CON PERSONAS CON DISCAPACIDAD

ANEXO 1 – FLUJOGRAMA DE PROCEDIMIENTO DE EXCEPCIONALIDAD AL CUMPLIMIENTO DE RESERVA DE CUOTA



Fuente. Elaboración propia.

ANEXO 2 – MODELO DE SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE EXCEPCIONALIDAD, CON PROPUESTA DE MEDIDAS ALTERNATIVAS

**Barcelona, 23 de marzo de
2022**

**Señor
Sr. XXX
DIRECTOR
Dirección General de Relaciones Laborales, Trabajo Autónomo, Seguridad y
Salud Laboral**

**Asunto: SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE EXCEPCIONALIDAD Y DE ADOPCIÓN
DE MEDIDAS ALTERNATIVAS PARA EL CUMPLIMIENTO ALTERNATIVO DE LA
CUOTA DE RESERVA EN FAVOR DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD**

Me dirijo a usted para saludarlo y como antecedente para la solicitud del asunto, señalar lo siguiente, sobre el cumplimiento de la cuota de reserva para personas con discapacidad:

- Que, esta empresa cuenta con una plantilla media en los 12 meses anteriores a la fecha de la presente solicitud de 11 trabajadores, de los cuales 1 es discapacitado y se encuentra de alta laborando en la empresa, y 5 están en proceso de incorporación a la empresa. Así, es materia de esta solicitud el tratamiento de las 5 personas pendientes de contratar para el cumplimiento de la cuota del empleo para personas con discapacidad.
- Que, esta empresa dispone de varios centros de trabajo en más de una

Así, el motivo del particular es solicitar la declaración de excepcionalidad para el cumplimiento alternativo de la cuota de reserva en favor de los 5 trabajadores con discapacidad por los siguientes supuestos:

1. Porque los candidatos no están interesados en las condiciones de trabajo que se ofrecen en la citada oferta.

No será posible la contratación de (1) persona por este supuesto.

Argumento de hechos:

- La empresa presentó una oferta de empleo al Servicio de Empleo, para cubrir (1) puesto de químico@.
- No hubo personas interesadas en el puesto de trabajo,
- En atención a lo anterior, transcurridos dos meses desde la formulación de la oferta de trabajo se solicita que solicite al Servicio de Empleo que expida un certificado de gestión negativa de acreditación de no estar interesados en la oferta, a fin de que exponga las gestiones y comprobaciones efectuadas por el gestor de la oferta de trabajo y las comprobaciones efectuadas sobre la información que se brinda.

Argumento normativo:

- Lit. a) del art. 1.2 del Decreto 364/2005. “imposibilidad de que los servicios públicos de empleo competentes, o las agencias de colocación, puedan atender la oferta de empleo presentada después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de aquélla y concluirla con resultado negativo, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación indicada o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta.”
- Lit b) del art. 11.1 del Decreto 86/2015 “A pesar de haber personas candidatas, cuando acrediten que no están interesadas en las condiciones de trabajo que se ofrecen en la citada oferta”.

Medios de acreditación:

- Certificado de gestión negativa de acreditación de no estar interesados en la oferta, que deberá ser emitida por el Servicio de Empleo.

2. Por causas de carácter productivo, organizativo, técnico o económico

No será posible la contratación de (4) personas por este supuesto.

Argumento de hechos:

- Esta empresa se dedica a la producción de sustancias químicas y buena parte del proceso productivo implica la manipulación de sustancias de riesgo, y la deambulacion por plantas industriales poco accesibles y con barreras arquitectónicas.

Argumento normativo:

- Lit. b) del art. 1.2 del Decreto 364/2005: “cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa. Como acreditación de dichas circunstancias, los servicios públicos de empleo podrán exigir la aportación de certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa solicitante”.
- Lit b) del art. 12.1 del Decreto 86/2015 “Las empresas pueden solicitar la declaración de excepcionalidad por causas de carácter productivo, organizativo, técnico o económico.”.

Medios de acreditación:

- Documentación que acredita existencia de las causas organizativas.
- Memoria explicativa de las causas donde constan los datos numéricos sobre la distribución de la plantilla de la empresa por áreas de actividad, nivel de estabilidad de la plantilla en cada una de esas áreas de actividad, el número de personas con discapacidad que prestan servicios en esas áreas, y las causas organizativas que justifican las especiales dificultades para la incorporación de personas con discapacidad en cada una de las áreas de actividad.
- Informe de la Inspección de Trabajo de Cataluña sobre la concurrencia de las circunstancias alegadas por la empresa.

Finalmente, se adjunta a la presente solicitud, lo siguiente:

- Anexo de datos específicos a la solicitud de declaración de excepcionalidad y de aprobación de medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de reserva del 2% a favor de personas con discapacidad
- Documento que acredite que la empresa ha comunicado el contenido de la

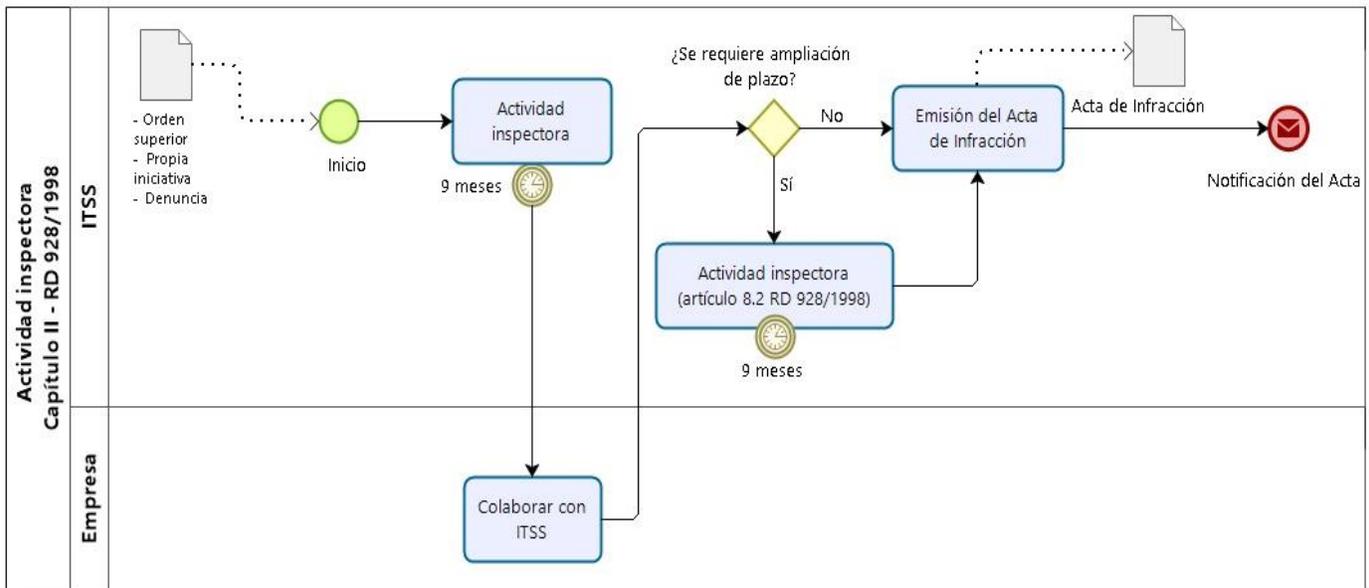
Anexo de datos específicos a la solicitud de declaración de excepcionalidad y de aprobación de medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de reserva del 2% a favor de personas con discapacidad

- A fin de cumplir la obligación de reserva y en mérito a la excepcionalidad alegada, se plantea como medida alternativa: **Compra de bienes o servicios accesorios a Centros Especiales de Empleo**, al Centro Especial de Empleo “XXX”
- La cuantía para adoptar esta medida es 3 veces el IPREM anual por persona dejada de contratar. (art. 2 Decreto 364/2005). El IPREM anual es de 8.106'28 euros
- En el caso en particular, se dejará de contratar a 5 personas, por lo que se hará la cuantificación de la obligación.
 - Valor de IPREM anual X 3 veces = Cuantía por cada persona
 - $8106.28 \times 3 = 24,318.84$

 - $24,318.84 \times 5 \text{ personas} = 121, 594.2$
- De este modo, el Centros Especial de Empleo facturará el importe anual de 121, 594.2 euros por las compras realizadas por XXXXZ.

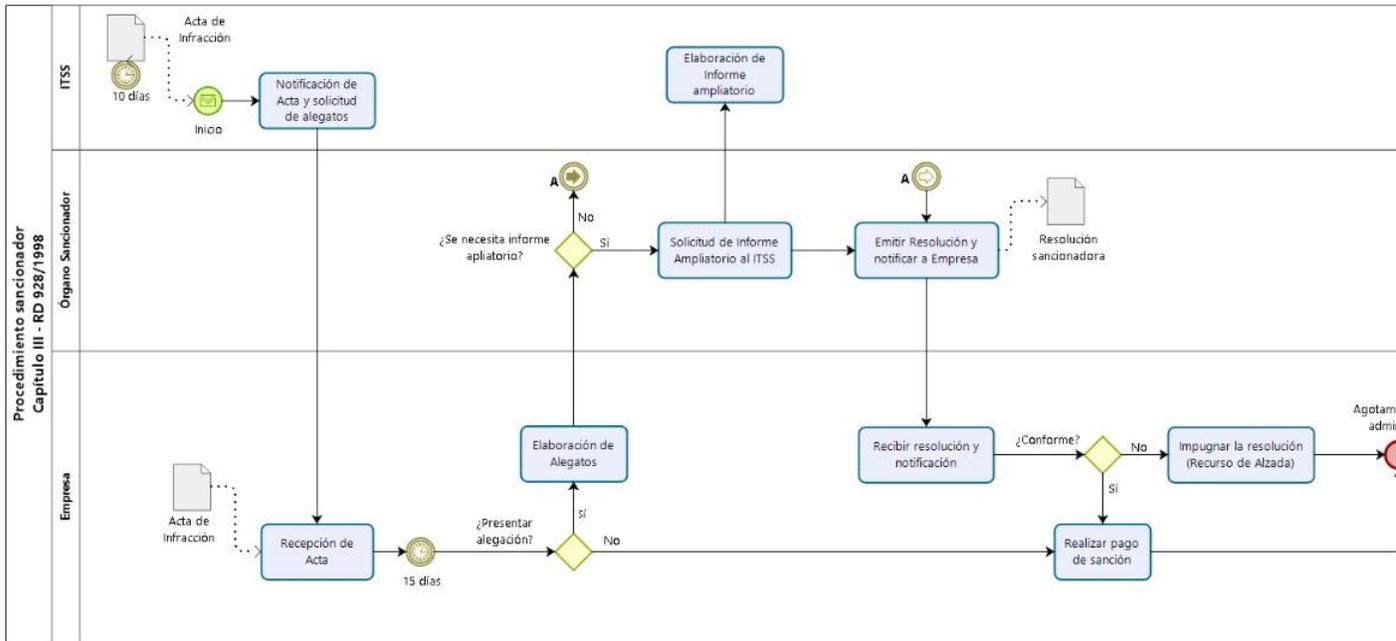
Fuente. Elaboración propia. Datos utilizados como ejemplo

ANEXO 3 – FLUJOGRAMA: PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL ORDEN SOCIAL



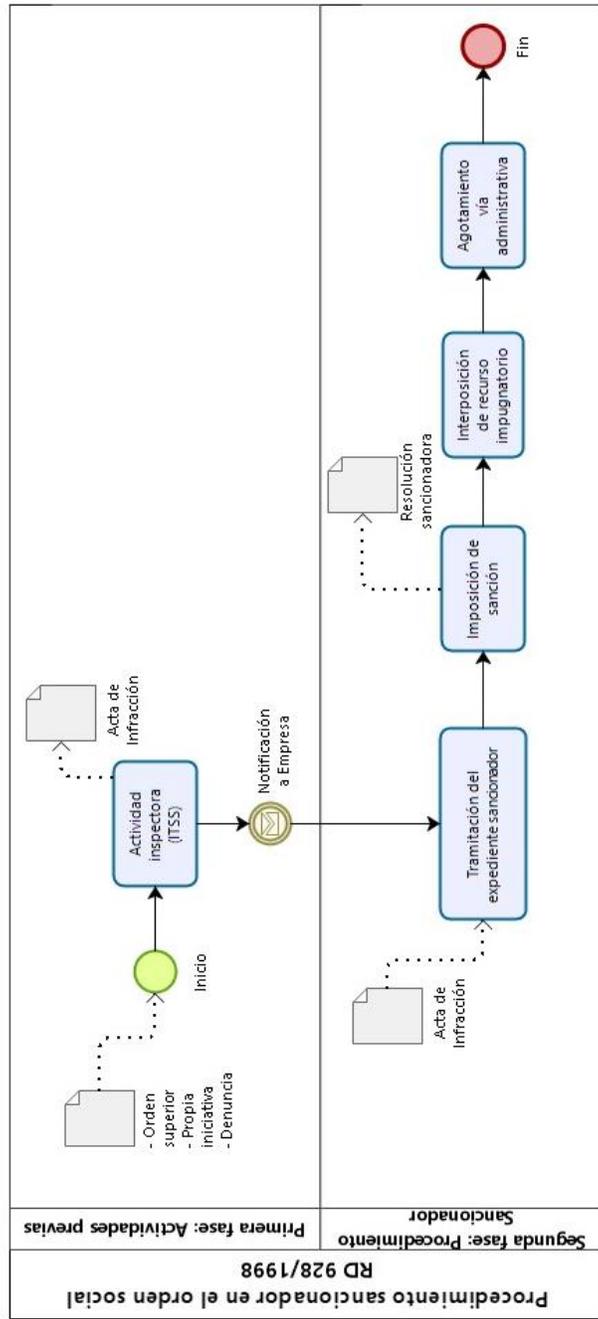
Fuente. Elaboración Propia

ANEXO 4 – MODELO DE SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE EXCEPCIONALIDAD, CON PROPUESTA DE MEDIDAS ALTERNATIVAS



Fuente. Elaboración Propia

ANEXO 5 – FLUJOGRAMA: PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL ORDEN SOCIAL



Fuente. Elaboración Propia

ANEXO 6 – PORCENTAJE DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD QUE COTIZAN EN EMPRESAS > 50 TRABAJADORES, EXCEPTUANDO CENTROS DE EMPLEO, SEGÚN EL PORCENTAJE DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LA EMPRESA

AÑO	TOTALES			SECTOR PRIVADO			SECTOR PÚBLICO		
	EMPRESAS 0.2 % personas con discapacidad	EMPRESAS 2.5 % personas con discapacidad	EMPRESAS >5 % personas con discapacidad	EMPRESAS 0.2 % personas con discapacidad	EMPRESAS 2.5 % personas con discapacidad	EMPRESAS >5 % personas con discapacidad	EMPRESAS 0.2 % personas con discapacidad	EMPRESAS 2.5 % personas con discapacidad	EMPRESAS >5 % personas con discapacidad
2014	79,4	13,3	7,3	74,7	15,8	9,5	90,7	7,3	2,1
2015	69,9	19,5	10,7	68,7	18,4	12,9	72,8	22,3	4,8
2016	69,1	20,3	10,6	67,4	19,3	13,3	73,8	22,8	3,3
2017	65,1	22,3	12,5	64,3	20,7	15	67,3	26,7	6
2018	62,7	24,8	12,5	61,9	22,6	15,5	64,7	30,7	4,7
2019	58,5	28,2	13,4	60	26,2	13,8	54,5	33,4	12,1
Evolución 2014-2019	-20,9	14,9	6,1	-14,7	10,4	4,3	-36,2	26,1	10

Fuente: Extraído de FUENTES DE GARCÍA – ROMERO DE TEJADA, Carlos y VALMORISCO PIZARRO, Segundo, 2021. La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con las personas con discapacidad. Revista Española de Discapacidad. Madrid: Editorial REDIS, no. 2 [consulta: junio de 2022]. Disponible en <https://www.cedid.es/redis/index.php/redis/article/view/741/439>

ANEXO 7 - ACTUACIONES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (ITSS) EN RELACIÓN CON PERSONAS CON DISCAPACIDAD

ACTUACIONES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (ITSS) EN RELACIÓN CON PERSONAS CON DISCAPACIDAD

AÑO	Nº ACTUACIONES CUOTA DE RESERVA	% SOBRE TOTAL ACTUACIONES EMPLEO Y CONTRATACIÓN	REQUERIMIENTOS INFRACCIONES	% INFRACCIONES /ACTUACIONES	% INFRACCIONES /REQUERIMIENTOS	% SOBRE TOTAL INFRACCIONES EMPLEO Y CONTRATACIÓN	IMPORTE SANCIONES	IMPORTE MEDIO SANCIONES	CONTRATACIÓN DE PCD RESULTADO DE LAS ACTUACIONES	MEDIDAS ALTERNATIVAS
2010	4.381	24,74	340	7,76		69,39				
2011	3.099	17,72	220	7,10		32,4				
2012	3.501	19,26	162	4,63	29,67	9,93	387,29€	2.390,66€		
2013	3.872	19,79	276	7,13	39,54	8,1	607,30€	2.200,35€		
2014	3.343	16,48	129	3,86	22,47	3,67	254,24€	1.970,71€	1.341	17.321.981€
2015	3.245	15,44	177	5,45	22,21	3,92	296,49€	1.675,07€	2.092	8.680.608€
2016	3.593	24,89	185	5,15	21,12	8,99	392,90€	2.123,79€	4.179	22.041.891€
2017	3.373	26,02	144	4,27	20,34	9,44			1.025	8.301.990€
2018	3.428	26,1	260	7,58		12,53			1.094	11.398.172€
2019	3.263	26,39	371	11,37		21,94				
PROMEDIO	3.510	21,68	226	6,43		18,03				

Fuente: Extraído de FUENTES DE GARCÍA – ROMERO DE TEJADA, Carlos y VALMORISCO PIZARRO, Segundo, 2021. La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con las personas con discapacidad. Revista Española de Discapacidad. Madrid: Editorial REDIS, no. 2 [consulta: junio de 2022]. Disponible en <https://www.cedid.es/redis/index.php/redis/article/view/741/439>