INFORME SOBRE DISCRIMINACIÓN A PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA MUNICIPAL

(CONSULTA PLANTEADA POR DPM)

Clínica Jurídica sobre Discapacidad
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid

Getafe/Colmenarejo, febrero de 2018

El presente informe se ha realizado dentro de la Clínica Jurídica de la Universidad Carlos III de Madrid, por parte de la Clínica sobre Discapacidad del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, en el marco de los proyectos "Madrid sin barreras: discapacidad e inclusión social en la Comunidad de Madrid" (S2015/HUM-3330) financiado por la Comunidad de Madrid y “Diseño, accesibilidad y ajustes. El eje de los derechos de las personas con discapacidad” (DER2016-75164-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Este programa Clínico ha sido dirigido por Rafael de Asís, y en él han participado las profesoras María del Carmen Barranco y Patricia Cuenca, y las tutoras de la Clínica, Irene Vicente, María del Mar Rojas Buendía, Alana Carvalho, Claudia Ponce de León y Magaly Arredondo.

En esta versión del informe se han suprimido las referencias a personas e instituciones.

Consulta

DPM, aspirante a la convocatoria 2015 de C-P de la empresa TM, se dirige a la Clínica Jurídica sobre Discapacidad del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid solicitando la opinión de la Clínica sobre un suceso que le afecta y respecto al cual considera violados sus derechos fundamentales y los principios de igualdad, mérito y capacidad, que han de presidir los procesos de selección en entidades vinculadas a la Administración Local.

Breve resumen del caso

A continuación, se exponen de forma sucinta las distintas fases del proceso por las que fue pasando el aspirante.

1. DPM solicitó inscripción en el turno libre —en el grupo reservado para personas con discapacidad- en la Convocatoria de Concurso-Oposición para cubrir necesidades de contratación temporal e indefinida de C-P en la empresa TM, que es una Sociedad Anónima Municipal encargada de gestionar el servicio público SP. En dicha Convocatoria se ofertaban dos (2) plazas para personas con discapacidad reconocida con grado igual o superior al 33% para el puesto de C-P.

2. La solicitud se realizó dentro del plazo establecido, aportándose la documentación requerida en la Base 2ª de la Convocatoria. En este sentido, el interesado presentó Dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial más Certificado de Capacitación emitido por Centro de Valoración y Orientación de Personas con Discapacidad de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía. En estos informes, y de acuerdo con lo señalado en el apartado f) de la Base 2ª, se reconocía la situación de discapacidad del candidato con un grado igual o superior al 33% y su total capacidad para desarrollar las tareas correspondientes al puesto al que se presentaba (C-P en TM) sin precisar adaptación.

3. DPM fue admitido en el Grupo Reservado para personas con discapacidad, debido a los informes arriba mencionados.

4. DPM superó la prueba teórica y la prueba de adecuación al puesto que componían la fase de oposición de este proceso selectivo.

5. Tras esto, la convocatoria contemplaba la fase de reconocimiento médico en la que se señalaba que los aspirantes al Grupo Reservado debían tener compatibilidad funcional para del desempeño de las tareas del puesto. A continuación, se indicaba expresamente que no sería motivo de exclusión para

estos candidatos la deficiencia o patología causante de la discapacidad que sea compatible con dichas tareas sin necesidad de adaptar el puesto.

6. DPM fue declarado no apto, tras el reconocimiento médico al que fue sometido, debido a la artrodesis en la columna vertebral que presenta y que se encuadra en el marco de exclusiones (apartado de motilidad de la columna vertebral) del Anexo I de la convocatoria "Cuadro de exclusiones médicas del reconocimiento médico a realizar a los candidatos al puesto de trabajo de C-P en la empresa TM".

7. Se presentó escrito de reclamación en impugnación de dicha calificación, en plazo. Alegaciones: infracción de las bases de la Convocatoria (Base 5ª, apartado B, relativa a reconocimiento médico y no exclusión de dicho reconocimiento a las personas inscritas en el grupo reservado con una deficiencia o patología compatible con tareas C-P, que no necesite adaptación a puesto). La reclamación fue desestimada ratificándose la no aptitud del candidato en la fase de reconocimiento médico. Así, se publican las calificaciones definitivas para el grupo reservado, resultando desiertas las plazas reservadas para personas con discapacidad.

Es importante subrayar que DPM ha interpuesto demanda de conciliación ante el órgano competente (Orden Jurisdiccional Social), alegando que se ha conculcado su derecho a acceder a un empleo público (con discriminación en el acceso-proceso selectivo).

Posicionamiento de la Clínica

La Clínica Jurídica sobre Discapacidad considera que se han producido una serie de irregularidades en este caso, que se proyectan tanto sobre la convocatoria cuanto sobre el resultado de la misma, produciéndose, finalmente, una discriminación por razón de discapacidad en la persona de DPM.

En este sentido, consideramos que la convocatoria no se ajusta a Derecho y es discriminatoria, tanto por la exclusión de personas con discapacidad cuanto por ir en contra de la exigencia de accesibilidad en la medida en que rechaza desde el principio cualquier ajuste razonable en forma de adaptación. Resulta contraria a Derecho una convocatoria excluyendo a personas que tengan una determinada discapacidad con una lista de exclusiones carente de justificación. Asimismo, es también contraria a Derecho una convocatoria que rechaza desde el inicio la posibilidad de realizar adaptaciones.

Pero, además, consideramos que la empresa no ajusta su actuación a la Convocatoria (incumple la convocatoria) y lo hace provocando una discriminación por razón de discapacidad. La patología de DPM es la causante de la discapacidad y la que le posibilita en un primer momento acceder al cupo reservado; pero la presencia de esta patología es utilizada como argumento para impedir su incorporación al puesto de trabajo.

El que todo ello se haga por parte de una sociedad que realiza un servicio público y que ha sido creada por una Administración local es, sin duda, un dato a tener en cuenta que acrecienta la relevancia de las irregularidades.

TM es una Sociedad Anónima Municipalizada, constituida por el Ayuntamiento de X en 1975 y tiene por objeto social la gestión, explotación y administración de los servicios públicos de transportes colectivos urbanos de la ciudad. No forma parte así de la Administración pública, pero es importante recalcar que es una empresa que realiza un servicio público y que su estrecha relación con el Ayuntamiento –en tanto TM es una sociedad mercantil exclusivamente municipal, con capital totalmente desembolsado por el Ayuntamiento de X y cuya Junta General está constituida por la corporación en pleno de dicho Ayuntamiento- tiene algunas consecuencias. La actuación de una Sociedad Anónima Municipal que lleva a cabo un servicio público debe ajustarse a los principios que rigen el comportamiento de la Administración Pública. De otra forma, la creación de este tipo de entidades podría entenderse como una maniobra de los poderes públicos para dejar a un lado obligaciones especiales que se tienen en cuanto institución pública.

No en vano, la disposición adicional primera del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, extiende a entidades del sector público estatal, autonómico y local[1] que no estén incluidas en el campo del empleo público, los principios contenidos en sus artículos 52, 53, 54, 55 y 59, siendo especialmente importantes a los efectos de este informe los dos últimos. Así, el artículo 55 establece: “1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico. 2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases. b) Transparencia. c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección”. Por su parte, el artículo 59,2 señala: “Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad”.

[1] TM debe entenderse como una entidad del sector público local en virtud de lo establecido por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y por el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local. En el Convenio Colectivo TM 2010-2016, se manifiesta el carácter público de la gestión y explotación de TM.

Y frente lo anterior, no cabe cuestionar la consideración de TM como entidad del sector público local aduciendo lo dispuesto en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, en su artículo 38,2: "Las sociedades mercantiles locales se regirán, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en las que sea de aplicación la normativa patrimonial, presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, sin perjuicio de lo señalado en la legislación que resulte expresamente aplicable como garantía de los intereses públicos afectados". Y ello precisamente, porque en este caso resultan afectados intereses públicos, tutelados por la disposición adicional primera del Estatuto Básico del Empleado Público. A mayor abundamiento, según "Los criterios para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración Local" adoptados por el Ministerio de Administraciones Públicas (Dirección General de la Función Pública y Dirección General de Cooperación Territorial) "los principios de los artículos 52 (código de conducta), 53 (principios éticos), 54 (principios de conducta), 55 (principios rectores de acceso al empleo público) y 59 (personas con discapacidad)" de EBEP son de aplicación las sociedades mercantiles en cuyo capital social participen total o mayoritariamente las Entidades locales". Asimismo, el Defensor del Pueblo Andaluz ha señalado, en su Resolución de diciembre de 2014, formulada en la queja 14/4129 dirigida a Ayuntamiento de Badolatosa, Sevilla, a las entidades mercantiles locales les es aplicable el Derecho Laboral, pero como instrumento del poder público, en sus actuaciones, y por tanto en los procesos selectivos, deben respetar los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad, igualdad, mérito y capacidad en la selección de personal. Estos principios requieren, para ser efectivos, la aplicación de otros como los de publicidad, concurrencia y objetividad, que garanticen la realización de un proceso de selección de personal objetivo y motivado.

Como podrá observarse seguidamente, la naturaleza jurídica de TM puede ser importante a los efectos de evaluar su actuación. Pero, en todo caso y más allá de esa naturaleza jurídico formal que puede resolverse en el sentido de considerarla como entidad del sector público local, resulta esencial la labor que realiza, su conexión con la Administración y la posible incidencia de su actuación en el campo de los derechos fundamentales y de la no discriminación, que son campos para los que la distinción público-privado debe resultar irrelevante.

De esta forma, la convocatoria de empleo de TM debe contener criterios y condiciones de acceso objetivas y no discriminatorias, respetuosas con el Ordenamiento jurídico. Los criterios se concretan en las denominadas bases de la Convocatoria que establecen los requisitos, méritos y pruebas a superar por los aspirantes en un determinado procedimiento selectivo. Las bases de una Convocatoria son la "ley del concurso", cuando no han sido impugnadas.

Pues bien, como se ha señalado, consideramos que **las bases de la convocatoria no son admisibles por dos grandes motivos** que constituyen una discriminación hacia las personas con discapacidad en general.

El **primero de los motivos** tiene que ver con la manera con la que se presenta la lista de exclusiones y que conduce a rechazar a ciertas personas por ciertas patologías.

La capacidad funcional para el desempeño de algunas tareas propias de determinados puestos de trabajo– incluido en el de C-P - puede requerir la posesión de ciertas condiciones psico-físicas y en estos casos parece razonable que los procesos selectivos incorporen pruebas orientadas a su constatación incluyendo un reconocimiento médico. En estos supuestos las convocatorias de empleo, como la analizada en este caso, suelen incorporar como Anexo un cuadro de exclusiones médicas que determina qué tipo de afecciones resultan incompatibles con el adecuado desarrollo de las funciones del puesto en cuestión, convirtiendo al tribunal médico, que asiste al órgano de calificación, en un filtro decisivo. Con carácter general, cabe señalar que muchas de estas exclusiones son en la mayor parte de los casos claramente injustificadas, irrazonables y desproporcionadas en relación con las funciones determinantes y esenciales del puesto y por tanto deben calificarse de discriminatorias. En efecto, la consideración de determinadas afecciones médicas como causas de exclusión del acceso a un determinado puesto responde en muchas ocasiones más a prejuicios y estereotipos y a una visión clínica desfasada y obsoleta que a una valoración objetiva que tenga en cuenta el estado actual de los conocimientos médicos y evalúe desde esos parámetros el impacto de la afección en el desarrollo de las funciones. Además, muchas causas de exclusión se formulan con una excesiva amplitud que genera una gran inseguridad.

Por otro lado, en la aplicación de las causas de exclusión médica formuladas genéricamente en las convocatorias a los casos particulares no se tiene en cuenta la situación concreta del aspirante ni tampoco las posibilidades de adaptación del puesto de trabajo o del modo de ejercicio de las funciones. Es más, como luego se señalará, en esta convocatoria en concreto la compatibilidad con el puesto se exige sin que sea precisa adaptación.

Pues bien, en este punto resulta esencial tener en cuenta que **las restricciones en los procesos de selección únicamente son procedentes cuando existen circunstancias especiales que así lo justifiquen de acuerdo con los principios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad**. La mera existencia de la enfermedad o la discapacidad, por sí misma, no puede justificar la exclusión si no se pone en relación con la aptitud del trabajador para desempeñar el contenido del puesto o destino y se valora su situación específica. De este modo, sólo es admisible una exclusión en el acceso a una determinada función cuando la situación de desventaja ocasionada al aspirante por su afección es absolutamente incompatible con las funciones esenciales del puesto y no puede compensarse o adaptarse por ningún medio.

La formulación de las causas de exclusión en términos excesivamente abstractos y genéricos, su falta de razonabilidad, su desconexión de la capacidad funcional para el desarrollo del trabajo y su aplicación desproporcionada y no ajustada a las situaciones particulares y a las

características del puesto contribuye a la estigmatización de las personas que se ven afectadas.

Por todo lo anterior, puede afirmarse que **es el diseño de las causas de exclusión (dimensión social) y no la afección médica (dimensión individual) la que en muchas ocasiones "discapacita" a determinadas personas con ciertas "deficiencias" para el desempeño del puesto de trabajo** en la Administración pública o, en este caso, en una empresa municipal creada por el Excelentísimo Ayuntamiento de X.

En relación con lo anterior, las exclusiones "médicas" deben estar formuladas y ser aplicadas del modo más neutral posible para evitar su efecto estigmatizante. Avanzado en esta línea sería conveniente que cuando un determinado puesto requiera de ciertas condiciones psico-físicas esta exigencia no se tradujese en un listado general de exclusiones médicas, sino en un listado concreto de habilidades, destrezas, aptitudes etc. que los aspirantes deben poseer. De esta forma se evitaría fomentar prejuicios y estereotipos en relación con las personas que tienen ciertas afecciones. Desde este enfoque el tribunal calificador, apoyándose en el reconocimiento médico, tendría que determinar si la situación clínica de un determinado aspirante implica el incumplimiento de esas condiciones (siempre teniendo en cuenta las exigencias de objetividad, razonabilidad, proporcionalidad etc. antes señaladas).

En el caso concreto analizado, estamos ante una lista configurada en un sentido negativo y que no va asociada a perfil profesional alguno. Entendemos que **no se puede ofertar un puesto de trabajo dirigido a candidatos con determinadas cualidades (o características personales o sociales), siempre y cuando éstas no describan un determinado perfil profesional[2]. Además, el hecho de que se admita en las propias bases que las patologías o deficiencias incluidas como causas de "exclusiones médicas" pueden ser, no obstante, compatibles con el desempeño de las tareas del puesto y, además sin necesidad de realizar adaptaciones, y el hecho de que el propio Centro de Valoración y Orientación de Personas con Discapacidad de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía certifique que esta es, precisamente, la situación de DPM muestra el carácter arbitrario del diseño de la convocatoria.** De esta forma, se produce una **diferenciación de trato carente de justificación** que sólo se explica por la posesión de una cierta patología, normalmente asociada a alguna discapacidad. Entendemos así que se debería haber manifestado un perfil profesional desde el que evaluar la razonabilidad de la lista de exclusiones y de esta forma borrar toda sospecha de discriminación. Como no se ha hecho, la convocatoria contradice lo dispuesto en los artículos 5,2[3] y 27,1,a)[4] de la Convención sobre los derechos de las personas con

[2] En la misma línea, la STJA 3221/2001, de 19 de marzo; STJM 3395/2002, de 22 de octubre; y, la STC 196/2004.

[3] "Los Estados Partes **prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad** y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo". (las negritas son nuestras).

discapacidad; el artículo 35,1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (Ley General de Discapacidad)[5]; el artículo 4,2,c) del Estatuto de los Trabajadores[6]; el artículo 14, i) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público[7]; y, en definitiva, los artículos 9,3[8], 10,2[9], 14[10] y 49[11] de la Constitución.

El **segundo de los motivos** tiene que ver con los ajustes razonables. La Convocatoria resulta inadmisible porque la **adopción de medidas precisas para realizar las adaptaciones en el puesto de trabajo según las necesidades de las personas con discapacidad, ya sean estructurales,**

---

[4] "Los Estados Partes reconocen **el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás**; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas….: a) **Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo**, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables" (las negritas son nuestras).

[5] "Las personas con discapacidad tienen **derecho al trabajo**, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de **igualdad de trato y no discriminación**". En el punto 3 de este precepto se afirma: "Existirá **discriminación directa** cuando una persona con discapacidad sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su discapacidad" (las negritas son nuestras).

[6] Establece, como derecho de los trabajadores: "A **no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo**, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados **por razón de discapacidad**, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate" (las negritas son nuestras).

[7] Reconoce el derecho "A la **no discriminación** por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, **discapacidad**, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" (las negritas son nuestras).

[8] "La Constitución garantiza el **principio de legalidad**, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la **interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos**" (las negritas son nuestras).

[9] "Las normas relativas a los **derechos fundamentales y a las libertades** que la Constitución reconoce **se interpretarán de conformidad con** la Declaración Universal de Derechos Humanos y los **tratados y acuerdos internacionales** sobre las mismas materias ratificados por España" (las negritas son nuestras).

[10] "Los españoles son **iguales ante la ley**, sin que pueda prevalecer **discriminación alguna por** razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o **cualquier otra condición o circunstancia personal o social**" (las negritas son nuestras).

[11] "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el **disfrute de los derechos** que este Título otorga a todos los ciudadanos" (las negritas son nuestras).

organizativas, etcétera, son negadas desde el principio. La Administración, a través de su empresa municipal, realizó una Convocatoria para el puesto de C-P pensando en personas con discapacidad, sin prever los posibles apoyos necesarios para el puesto y, además, negándolos en las propias bases de acceso: la BASE 2ª. f), relativa a los requisitos que deben cumplir los aspirantes, *"(…). Para el caso de personas que se inscriban en el Grupo Reservado, la deficiencia o patología causante de la discapacidad, que sea compatible con las tareas propias del puesto de C-P* ***sin que resulte necesario adaptar el puesto de trabajo,*** *no será motivo de exclusión".* Y, la BASE 5ª, B, parr. 4º, además de exigirles a estos aspirantes "compatibilidad funcional", se circunscribe al mismo criterio en el caso de la prueba de "reconocimiento médico", supeditando la inclusión en ésta a la innecesariedad de adaptación en los siguientes términos: *"(…)* ***sin que resulte necesario adaptar el puesto de trabajo, no será motivo de exclusión en dicho reconocimiento médico****".* Conviene tener presente que esta referencia es habitual en las convocatorias de empleo de la empresa TM[12].

La realización de ajustes razonables, rasgo de un mercado laboral inclusivo y respetuoso con los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, está prevista en diferentes cuerpos normativos, entre los que destacan: artículos 5,3[13] y 27,1,i)[14] de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; el artículo 40,2 del 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[15]; el artículo 59,2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público[16]: el artículo 28,2 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de

[12] Ver por ejemplo "Bases que rigen la convocatoria para cubrir plazas de Ayudantes de taller en las especialidades de mecánica, electricidad, carrocería y pintura" de 1/07/2017, Base 6.4.

[13] "A fin de promover la igualdad y **eliminar la discriminación**, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la **realización de ajustes razonables"** (las negritas son nuestras)

[14] "Los Estados Partes reconocen el **derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás**; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas….: i) Velar por que se realicen **ajustes razonables** para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo" (las negritas son nuestras).

[15] "Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la **adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa**, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario" (las negritas son nuestras).

[16] "Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las **adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad**" (las negritas son nuestras).

los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía[17]. A ellos se refirió la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en su artículo 5: "A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades".

No se trata así de una potestad del empleador, sino de un derecho del trabajador que no puede verse limitado, ni mucho menos hacerse desaparecer *ab initio*. La obligación de realizar ajustes razonables sólo encuentra su límite en el caso concreto y desde el examen de la proporcionalidad de la carga que supone.

En este sentido, resulta claramente contraria a la accesibilidad la convocatoria a un puesto de trabajo en la que se excluya desde el principio la realización de ajustes y adaptaciones. Estos ajustes son una auténtica obligación y **su denegación una discriminación**, tal y como señala expresamente el art. 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, salvo que se alegue carga desproporcionada, que solo puede averiguarse en el caso concreto y en relación con la persona individualmente considerada.

Lo anterior tendría que conllevar la invalidez de la Convocatoria por transgredir claramente los artículos antes citados.

Pero además, la irregularidad en este caso se produce, y de forma más contundente, en relación con la **resolución de la Convocatoria**, que vuelve a ser discriminatoria, en este caso ya de forma directa hacia DPM. Así, y en relación con los resultados del proceso, parece oportuno realizar **dos tipos de consideraciones que llevan igualmente a un resultado discriminatorio**.

La **primera** de las consideraciones se refiere a la **incoherencia e imposibilidad de cumplimiento** de la convocatoria. Así, atendiendo a los

[17] "La Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales adoptarán las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos, medios y de accesibilidad en el proceso selectivo y establecerán el tipo de sistema selectivo más adecuado en atención a la naturaleza de los diferentes tipos de discapacidad, garantizando de esta forma el principio de igualdad de oportunidades y de trato de las personas con discapacidad. Y, una vez superado dicho proceso, adoptarán las medidas precisas para realizar las **adaptaciones en el puesto de trabajo según las necesidades de las personas con discapacidad, ya sean de carácter estructural, en cuanto afecten a las instalaciones, dependencias o equipamientos, como de carácter organizativo, en cuanto afecten a las pautas de trabajo o asignación de funciones"** (las negritas son nuestras).

apartados e) y f) en relación con el anexo I por el que se establece el cuadro de exclusiones y la posterior interpretación que de los mismos hizo el tribunal de selección, el cupo de plazas reservadas está constituido de tal forma que siempre va a quedar vacante (como de hecho ha ocurrido).

El apartado e) establece que quienes quieran optar al cupo reservado deben presentar documentos expedidos por el centro de Valoración y Orientación de Personas con Discapacidad de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía en el que conste su consideración de persona con discapacidad, así como un Dictamen técnico de su capacidad para llevar a cabo las tareas propias del puesto sin necesidad de adaptación del mismo.

El apartado f) de la convocatoria establece que la deficiencia o patología causante de la discapacidad –que da acceso al grupo reservado- no será motivo de exclusión.

De modo que se establece en el apartado e) un requisito de entrada para el cupo reservado (certificado de discapacidad igual o superior al 33%) que según el apartado f) no podrá ser nunca motivo de exclusión. La discapacidad que da acceso al cupo reservado no podrá nunca considerarse motivo de exclusión, aunque se halle dentro del cuadro de exclusiones del ANEXO I si existe compatibilidad funcional.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa dicha discapacidad (artrodesis dorso-lumbar de columna) que dio acceso a DPM al proceso selectivo en su modalidad de grupo reservado, actúo posteriormente como causa de exclusión, así, el dictamen médico emitido en la fase de reconocimiento médico le declaró no apto para el puesto debido a una deficiencia o patología incluida en el cuadro de exclusiones recogido en el Anexo I de las Bases, concretamente en el apartado 3 (Motilidad en Columna Vertebral).

La calificación de no apto otorgada tras el reconocimiento médico infringe lo dispuesto en las Bases de la Convocatoria, pues el tribunal de selección infringe las Bases 5ªB y 6ªB: *"la deficiencia o patología causante de la discapacidad, que sea compatible con las tareas propias del puesto de conductor-preceptos sin que resulte necesario adaptar el puesto de trabajo, no será motivo de exclusión en dicho reconocimiento".*

Esta infracción está vulnerando los **principios de igualdad, mérito y capacidad**, que han de presidir los procedimientos de selección de personal en entidades vinculadas o dependientes de la Administración, según el artículo 55 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Con ello se está produciendo una discriminación por razón de discapacidad, contraviniendo los artículos ya citados, 5,3 y 27,1,i) de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; el artículo 40,2 del 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; el artículo 59,2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público: el artículo 28,2 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de

los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía; y, en definitiva, los artículos 9,3, 10,2, 14 y 49 de la Constitución.

La **segunda** de las consideraciones se refiere a la que es, junto a la denegación de ajustes razonables, una de las irregularidades más evidentes: **la desconsideración del certificado** emitido por la Consejería de igualdad y Políticas Sociales de Andalucía, en el que la Presidenta del equipo de valoración y orientación del centro de Sevilla certifica la aptitud del demandante para el ejercicio de las funciones correspondientes al puesto de trabajo solicitado, de C-P.

La Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, determina, al versar sobre el acceso a la función pública (art. 23.2), que las condiciones personales de aptitud para el ejercicio de las funciones correspondientes se acreditarán, en su caso, mediante dictamen vinculante expedido por los centros de valoración y orientación, que deberá ser emitido con anterioridad a la iniciación de las pruebas selectivas (y en idéntico sentido se expresaba la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía, entonces vigente, en su artículo 23 sobre acceso a la función pública). En el mismo sentido, el artículo 4.g) del Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, por el que se regulan la organización y funciones de los Centros de Valoración y Orientación de personas con discapacidad de Andalucía, establece que, entre las funciones de dichos centros, está "emitir dictamen vinculante, de conformidad con el artículo 23.2 de la Ley 1/1999, sobre la aptitud para el ejercicio de las funciones, tareas y actividades correspondientes a los cuerpos de funcionarios, y en las categorías de personal laboral y estatutario al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades locales radicadas en el territorio andaluz." Además, en lo que concierne a los puestos de trabajo en la Función Pública de la Administración General de la Junta de Andalucía, el Decreto 93/2006, de 9 de mayo, define que las condiciones personales de aptitud para el ejercicio de las funciones y tareas correspondientes a los Cuerpos y, en su caso, Especialidades u opciones o categorías profesionales a las que se aspiran se acreditarán en el momento de la petición de destino mediante certificado, expedido por la Consejería competente en la materia de la Junta de Andalucía, en el que conste su capacidad para el desempeño de las funciones y tareas correspondientes a los mismos.

Por todo ello, **la vía adecuada para analizar una eventual incompatibilidad para el ejercicio de la función es el certificado emitido por los Centros de Valoración y Orientación de personas con discapacidad de Andalucía.**

Los informes aportados por el solicitante, realizados por diferentes especialistas, señalan que la patología que presenta DPM "no conllevan menoscabo ni limitación funcional para desempeñar las funciones laborales de C-P, sin que conlleven limitación alguna para el manejo de carga, bipedestación estática y dinámica, la sedestación y la carga postural[18] y que

[18] Dictamen médico emitido el 19-08-2016.

"del estado actual y evolutivo de la patología que afecta a la columna se descartan trastornos posteriores sin que la osteosíntesis (que se encuentra bien posicionada y fija en la zona ósea) ni la artrodesis entre las vértebras (que es completa dado el tiempo transcurrido) puedan originar en el futuro patología degenerativa ni discal"[19]

Y esta es la conclusión a la que llega la empresa especializada contratada por TM según se desprende del anexo de exploración médica y estudios complementarios que realiza el Dr. DR, y en el que se señala que la patología de DPM no manifiesta "efectos limitativos en la actualidad".

Sin embargo, posteriormente, en el acta de la reunión por la que se resolvió la reclamación presentada por DPM frente a su consideración de "no apto" en el reconocimiento médico el Tribunal de examen hace constar que el mismo especialista que figura en el mencionado anexo señala que la patología que motiva la exclusión de DPM "no le permite tener compatibilidad funcional para el desempeño de las tareas de C-P" en TM.

Llama la atención el cambio de criterio pero, sobre todo, que la empresa ignore finalmente el carácter vinculante del dictamen emitido por la Consejería de igualdad y Políticas Sociales de Andalucía en el que se certifica su aptitud para el puesto a que se presentaba.

Por otro lado, resulta sorprendente que en el acta del Tribunal convocado para valorar y resolver reclamaciones presentadas contra la calificación del reconocimiento médico, no se presenta una justificación razonable para que el demandante fuese considerado no apto, limitándose los servicios médicos contratados por la empresa TM a afirmar que la artrodesis dorso-lumbar que posee el demandante no le permite tener compatibilidad funcional para el desempeño de las actividades de C-P. Además, no hubo unanimidad en la votación del Tribunal, habiendo sido dos votos favorables a considerar al demandante apto e cinco votos contrarios, y tampoco se ofrece información suficiente para comprender en qué aspectos técnicos se basa cada uno de los miembros del Tribunal para formular su voto.

Los Tribunales calificadores de los procesos selectivos deben justificar las razones por las que asignan o deniegan una determinada valoración a los méritos o a los ejercicios de los aspirantes y no es suficiente a esos efectos, la sola expresión de una puntuación o calificación cuando hayan sido objeto de reclamación por el interesado. La preservación del ámbito propio de la discrecionalidad técnica de este tipo de órganos administrativo no equivale a la exclusión de esa exigencia de motivación, pues resulta necesaria para hacer efectivo el límite de la interdicción de la arbitrariedad que el artículo 9.3 de la Constitución Española impone a todos los poderes públicos; también, por tanto, al Tribunal de selección de este proceso selectivo[20].

---

[19] Valoración realizada por Especialista de Traumatología.

[20] En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (TS), Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo (C-A), de 21 de junio de 2013 (estima el Recurso de casación contra la Sentencia núm. 1200/2011 del TSJA (Granada), Sala C-A, de 30 de Mayo de 2011).

Por último, conviene no pasar por alto que DPM había trabajado anteriormente como conductor durante prácticamente cuatro años y, por lo tanto, es capaz de desempeñar ese puesto de trabajo.

Es necesario tener presente que la finalidad de la existencia de un cupo para las personas con discapacidad en las ofertas de empleo público es la de promover la efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades, lo que exige, según afirmó el Tribunal Constitucional en la Sentencia 269/1994, de 3 de octubre, el tratamiento desigual ante situaciones de hecho desiguales. Asimismo, el objetivo de medidas legales como esa es el de que las personas con discapacidad gocen de medidas de acción positiva que garanticen una inserción laboral real y efectiva, en vez de un mero cupo que no podrá ser cubierto debido a barreras impuestas a las personas con discapacidad en la convocatoria de concurso-oposición. La Ley 4/2017 de Andalucía está en consonancia con eso, al expresar, en el artículo 5, que prevenir la discriminación en el acceso al empleo –incorporando actuaciones que faciliten la inclusión e integración transversal de la igualdad de oportunidades en el diseño, implantación y evaluación de las políticas públicas de empleo– es un fin esencial de la ley. Eliminar de la selección a todas las personas con discapacidad que participaron en el proceso de selección por incompatibilidad con las funciones a ser ejercidas –desconsiderando el caso concreto, los ajustes razonables que podrían implementarse y un certificado de aptitud de carácter vinculante– vulnera la Constitución española, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, la legislación laboral básica y la legislación de Andalucía.