

LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DE LA CUOTA DE EMPLEO DE PERSONAS
CON DISCAPACIDAD Y MEDIDAS ALTERNATIVAS: REFLEXIONES Y PROPUESTAS
DE MEJORA A PROPÓSITO DE SU COMPATIBILIDAD CON LA CONVENCION
INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

THE SPANISH REGULATION OF THE EMPLOYMENT QUOTA OF PEOPLE
WITH DISABILITIES AND ALTERNATIVE MEASURES: REFLECTIONS AND
PROPOSALS FOR IMPROVEMENT REGARDING ITS COMPATIBILITY
WITH THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF PEOPLE
WITH DISABILITIES*

David Gutiérrez Colominas**

Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. –2. La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. –3. La evolución histórica de la regulación de la cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad; 3.1. La regulación preconstitucional de la cuota de reserva: el Decreto 2531/1970 de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores *minusválidos*; 3.2. El resurgimiento de la cuota de reserva: la Ley 13/1982, de 13 de abril, de integración social de los *minusválidos*; 3.3. Las modificaciones de la configuración legal de la cuota de reserva a lo largo de los últimos años. –4. Luces y sombras de la configuración actual de la cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad. –5. La compatibilidad de la cuota de reserva con la CIDPD; 5.1. El ámbito subjetivo: el concepto de persona con discapacidad a efectos del cumplimiento de la cuota de reserva; 5.2. El ámbito objetivo: la configuración de la cuota de reserva a la luz de la CIDPD.

RESUMEN

Una de las instituciones más relevantes para el empleo de las personas con discapacidad ha sido la cuota de reserva de puestos de trabajo. Sin embargo, la ratificación por España de la Convención Internacional de las Personas con discapacidad apostó por un cambio de enfoque hacia fórmulas más inclusivas y próximas al modelo social de tratamiento de la discapacidad. Ante este escenario, este artículo pretende ofrecer una visión de la configuración actual de esta institución, y examinar si se ajusta a los estándares propugnados por el citado instrumento internacional.

ABSTRACT

One of the most relevant institutions for the employment of people with disabilities has been the employment quota. However, Spain's ratification of the Convention on the Rights of People with Disabilities led to a change of approach towards more inclusive formulas that are closer to the disability social model. Faced with this scenario, this article aims to provide an overview of the current configuration of this institution, and to examine whether it embodies the standards and principles advocated by the aforementioned international instrument.

*Recibido el 17 de julio de 2020. Aceptado el 24 de julio de 2020.

** Investigador postdoctoral (acreditado profesor contratado doctor).

Palabras clave: Discapacidad; Cuota de reserva; Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Key words: Disability; Employment Quota for Persons with Disabilities; Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

1. INTRODUCCIÓN

El empleo de las personas con discapacidad ha sido un ámbito de actuación con notables virajes hacia actuaciones más inclusivas. 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 adelante, Directiva 2000/78/CE), fue el primer instrumento, de carácter europeo, en establecer las bases para favorecer el empleo de las personas con discapacidad. A través de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo, la Unión Europea pretendió reforzar la integración laboral de este colectivo, circunstancia esta que fue apoyada por una progresiva apertura expansiva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Española en esta materia¹.

Sin embargo, una de las instituciones que mayor impacto ha tenido en el empleo de las personas con discapacidad a nivel español ha sido la cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad, actualmente regulada en el 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 (en adelante, LGDPCD), pero cuyos orígenes se remontan al artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (en adelante, LISMI). Esta institución, ciertamente olvidada por el legislador europeo, ha sido clave para el fomento de la integración laboral de este colectivo, pero su configuración jurídica ha sufrido escasas modificaciones.

Esta circunstancia es precisamente la que conduce a formular la hipótesis de partida de este trabajo, que consiste en la no compatibilidad de esta institución con la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, CIDPD). Este instrumento internacional significó un gran cambio en el enfoque de las actuaciones destinadas a la integración en sociedad de las personas con discapacidad, gracias a la asimilación del denominado modelo social de la discapacidad². Y en este sentido, llama poderosamente la atención que la Ley

¹ La primera sentencia significativa fue la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, que afirmó la imposibilidad de asimilar la enfermedad a la discapacidad. Sin embargo, esta doctrina fue matizada por la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222; a la que le siguieron otras que abordaron cuestiones muy diversas, entre las que destacan la STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159 (discapacidad e imposibilidad de tener hijos); la STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, ECLI:EU:C:2014:2463 (discapacidad y obesidad); la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daoudi, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917 (interpretación del concepto larga duración de la discapacidad), la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17 (adecuación de la extinción por ausencias aún justificadas en casos de existencia de discapacidad) o la más reciente STJUE de 11 de septiembre de 2019, DW, C-397/18, EU:C:2019:703 (límites del concepto persona con discapacidad y trabajadores especialmente sensibles).

² Este paradigma de tratamiento de la discapacidad concibe la discapacidad como un fenómeno social, creado y modelado por la sociedad, rechazando así la existencia de limitaciones individuales. Antes, al contrario, las raíces del problema se hallan en la sociedad, concebida como ente limitante de las posibilidades de las personas, que es incapaz de dar respuesta a las necesidades exigidas por la diversidad humana. De esta forma, la solución que se propone es transformar las funciones de los poderes públicos y de la sociedad, y adoptar la accesibilidad y el diseño universal como estándar social, abandonando la idea de normalidad. Se persigue, pues, adecuar la prestación de servicios a las necesidades funcionales de cada persona, a fin de destruir la concepción cultural de la existencia de una menor capacidad de estas personas para la ejecución de ciertas tareas.

26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, Ley 26/2011) no implementó ningún tipo de modificación sobre la institución objeto de estudio.

Así, esta contribución tiene como objetivo analizar la compatibilidad de la regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas con la CIDPD, ofreciendo un diagnóstico y propuestas de mejora. Para ello, se examinará en primer lugar el instrumento internacional de referencia, a saber, la CIDPD, y a continuación la evolución histórica de la regulación de la cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad, desde su etapa preconstitucional hasta la actualidad. Asimismo, también será objeto de examen la configuración actual de la cuota de reserva, y finalmente, se plasmarán algunas reflexiones a propósito de la compatibilidad de la institución objeto de análisis, centradas en el ámbito subjetivo y objetivo de la obligación.

2. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La CIDPD fue el primer instrumento del sistema universal de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad de carácter vinculante, y su gestación no fue un proceso sencillo³. Esta característica no se tradujo necesariamente en una ruptura de las líneas dibujadas por las Normas Uniformes, que es el claro referente del que parte. Más bien, significó un cambio en la óptica del tratamiento de la discapacidad, influenciado hasta la fecha por el *soft law*⁴, redirigiendo la estructura normativa de principios y metas a derechos⁵, e implementando la óptica americana de tratamiento de la discapacidad⁶. Esta perspectiva pone especial énfasis en conjugar el modelo de derechos civiles americano y el modelo de justicia social europeo⁷, observándose una clara voluntad normativa de ampliar y consolidar los ámbitos reflejados en las Normas Uniformes, e incardinar otros derechos relacionados con otras esferas de actuación social que hasta el momento no aparecían⁸. En consecuencia, nos encontramos ante un tratado internacional que introduce un nuevo paradigma de tratamiento e implantación de políticas de actuación en materia de discapacidad⁹.

³ Para un análisis de las negociaciones de la CIDPD, véase KAYESS, R.; FRENCH, P.: "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *op. cit.*; QUINN, G.: "A Short Guide to the United Nations Convention on the Right of Persons with Disabilities", en QUINN, G., WADDINGTON, L. (eds.): *European Yearbook of Disability Law*, vol. 1, Intersentia, Antwerp, 2009, pp. 89-114; TRÔMEL, S.: "A Personal Perspective on the Drafting History of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities", en *European Yearbook of Disability Law*, vol. 1, Intersentia, Antwerp, 2009, pp. 115-136; DE BURCA, G.: "The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention", *European Law Review*, vol. 35, 2, 2010.

⁴ *Vid.* KAYESS, R.; FRENCH, P.: "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *op. cit.*, p. 14.

⁵ Esta tesis ha sido defendida por COURTIS, C.: "Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas", en DE LORENZO GARCÍA, R. (Coord.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2007, p. 306; DE LORENZO GARCÍA, R.: "Los contornos del Derecho de la Discapacidad", en *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 71; CUENCA GÓMEZ, P.: *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2012, p. 26.

⁶ Sobre esta cuestión, véase QUINN, G.; FLYNN, E.: "Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability", *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, 1, 2012, pp. 34-39.

⁷ *Ibid.*, pp. 25-27, que señala que "[...] the UN Convention self-consciously seeks to realign the "civil rights" model on disability-with its attendant suite of civil and political rights-with an equal emphasis on social justice and associated rights including economic, social and cultural rights. As a result, the Convention re-works how social justice issues can be made to fit better with traditional "civil rights" concerns and vice-versa."

⁸ Buenos ejemplos de ello son el acceso a la justicia (Artículo 13), libertad y seguridad de la persona (Artículo 14), libertad de desplazamiento y nacionalidad (Artículo 18), derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (Artículo 19), entre otros.

⁹ *Vid.* LANG, R.; KETT, M.; GROCE, N.; TRANI, J.F.: "Implementing the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: principles, implications, practice and limitations", *ALTER – European Journal of Disability Research / Revue Européenne de Recherche sur le Handicap*, vol. 5, 3, 2011, p. 208.

El objetivo principal de la CIDPD es paliar la desventaja social y jurídica de las personas con discapacidad. Esta circunstancia permite destacar el protagonismo que asume la prohibición de no discriminación en el marco de este tratado internacional¹⁰. Para ello, se incluye un catálogo de derechos cuya garantía de ejercicio en igualdad de oportunidades corresponde a los Estados. La perspectiva que se asume se centra en definir la discapacidad como el resultado de una serie de interacciones fruto de dos ámbitos claramente diferenciados: un aspecto personal y otro contextual¹¹. Este enfoque se ha traducido, a efectos de ofrecer una protección efectiva, en la previsión de derechos en todos los ámbitos de la vida, introduciendo así las herramientas necesarias para la materialización de una integración real y efectiva. Entre estos ámbitos encontramos aspectos clásicos como el derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona, protección contra la tortura; y otros más nuevos como el reconocimiento como persona ante la ley, el acceso a la justicia o el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Y para lograr este objetivo la CIDPD contempla, además de un enfoque amplio en la previsión de los derechos, dos características muy particulares: la introducción del modelo social como paradigma de tratamiento y un concepto de persona con discapacidad dinámico.

Respecto a la primera característica, la norma plasma una clara voluntad de continuar la introducción del modelo social en el plano jurídico, tendencia esta iniciada de forma fallida por las Normas Uniformes. La CIDPD, por su valor jurídico, supone un paso más allá en esta dirección y materializa el modelo social como paradigma de tratamiento jurídico de la discapacidad¹². Desde un primer momento, los Estados firmantes han sido conscientes de la trascendencia que suponía la utilización de un paradigma u otro de tratamiento de la discapacidad, puesto que ello condicionaría la eficacia e implementación de los derechos reconocidos¹³. Y en este sentido, la CIDPD asume una de las premisas claves del modelo social, que es la atribución causal de la discapacidad a factores sociales. Claras muestras de su implementación se aprecian en el reconocimiento de barreras sociales en la determinación de la discapacidad¹⁴ y la constatación de un amplio abanico de derechos que *subraya el objetivo del acceso de las personas con discapacidad a diversas esferas sociales*¹⁵.

Los efectos prácticos de la introducción del modelo social se derivan de la lectura del artículo 3 de la CIDPD, precepto que prevé una serie de principios generales que pretenden guiar la implementación de los derechos articulados en el texto. La virtud de este planteamiento es que la filosofía del modelo social se halla impregnada en tales principios¹⁶, y en consecuencia, la ejecución de las medidas a adoptar en el marco de los diversos derechos previstos en la CIDPD ha de ser tributaria necesariamente del modelo social. De esta manera, el texto se asegura teóricamente un nivel armonizado en la consecución de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Nos encontramos, pues, ante una norma que plasma la filosofía propia

¹⁰ En este sentido, véase VALDÉS DAL-RE, F.: "El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad", *op. cit.*, p. 4.

¹¹ Vid. BICKENBACH, J.: "Disability, Culture and the UN Convention", *Disability and Rehabilitation*, vol. 31, 14, 2009, p. 1120.

¹² Claras referencias que ilustran esta circunstancia pueden hallarse en los apartados c y e del preámbulo de la CIDPD, que apuestan, como señala VALDÉS DAL-RE, F.: "El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad", *op. cit.*, p. 4, por abandonar "[...] la configuración de la discapacidad como un problema asistencial, concibiéndola y tratándola como una cuestión de derechos humanos".

¹³ Vid. PALACIOS RIZZO, A.: *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Editorial Cinca, Madrid, 2008, pp. 315 a 319, que detalla cómo se desarrollaron las distintas sesiones de discusión del texto.

¹⁴ Vid. apartado e) del preámbulo y artículo 1 de la CIDPD.

¹⁵ Vid. COURTIS, C.: "Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas", *op. cit.*, p. 305 y DE LORENZO GARCÍA, R.: "Los contornos del Derecho de la Discapacidad", *op. cit.*, pp. 70-71.

¹⁶ Para un análisis individualizado y detallado de tales principios, véase PALACIOS RIZZO, A.: "The Social Model in the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *The Age of Human Rights Journal*, vol. 4, 2015, pp. 100-107.

del modelo social¹⁷, pero introduciendo como nuevos elementos la no discriminación como eje vertebrador de aplicación de la norma y la exigibilidad jurídica propia de un tratado internacional.

A propósito de la definición de persona con discapacidad, la CIDPD expone la discapacidad como un concepto dinámico¹⁸, es decir, un conglomerado de relaciones interactivas entre la persona y su entorno sujetas a variaciones, que permiten afirmar la existencia de una evolución y caracterización propia. Teniendo en cuenta la irrupción del modelo social, puede afirmarse que la caracterización de la discapacidad como un concepto no estático es una consecuencia lógica derivada de atribuir las causas que dan origen a la discapacidad a la sociedad. En efecto, la asunción de la sociedad como ente que dificulta el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad conlleva como efecto la caracterización de la discapacidad como un fenómeno dinámico. La definición de discapacidad, pues, incluye elementos tanto del modelo médico del tratamiento de la discapacidad como del paradigma social¹⁹, ya que el artículo 1 de la CIDPD exige la existencia de una *deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo* y la imposibilidad de participar plenamente en la sociedad cuando existe una interacción entre el individuo y aquella.

La asunción de un concepto dinámico de discapacidad incrementa su efecto integrador gracias a otra característica interesante que plantea la CIDPD, que es la adopción de la discriminación no solo en relación con la persona con discapacidad, sino por motivo de discapacidad. Así, ya no será necesario que la decisión afecte a una persona con discapacidad, sino que se valorará estrictamente la conducta. Como puede observarse, nos hallamos ante un planteamiento que supera la existencia de discapacidad y amplía el rango de protección de la norma²⁰, acorde al estándar europeo implementado en la Directiva 2000/78/CE.

En cuanto a su contenido, la CIDPD supuso un antes y un después en el tratamiento de la discapacidad a nivel global. Si bien algunos autores han señalado que entre sus innovaciones más importantes se encuentra trasladar la protección de este colectivo al plano de los derechos humanos²¹, aumentar la visibilidad de las personas con discapacidad o exigir el establecimiento de sistemas para supervisar exhaustivamente el ejercicio de los derechos de este colectivo²², la virtud de esta norma más destacada es la formulación de su contenido en clave de derechos sin abandonar el lenguaje de principios y objetivos²³. De hecho, la piedra angular que convierte

¹⁷ Así lo señala PALACIOS RIZZO, A.: *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., pp. 204 y ss.

¹⁸ Vid. apartado e) del preámbulo de la CIDPD.

¹⁹ Vid. HENDRIKS, A.: "UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *European Journal of Health Law*, vol. 14, 2007, pp. 276-277.

²⁰ En este sentido, MONZÓN, P. et al.: "El impacto de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad" en V.V.A.A., *El empleo público y las personas con discapacidad*, Cinca, Madrid, 2009, p. 411 identifican como nuevas situaciones que pueden ser calificadas como discriminación por razón de discapacidad la de aquellas personas con predisposición genética a adquirir una determinada discapacidad o las personas que hayan padecido una discapacidad en el pasado.

²¹ Vid. DE ASIS ROIG, R.: "Derechos Humanos y Discapacidad", en JIMÉNEZ, E (Coord.): *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, Dykinson, Buenos Aires, 2006; PALACIOS RIZZO, A.; BARIFFI, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007; KAYESS, R.; FRENCH, P.: "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", op. cit., pp. 2-3; TRÔMEL, S.: "Hacia un derecho internacional de la discapacidad", en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.): *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1063.

²² Vid. DE LORENZO GARCÍA, R.: "Los contornos del Derecho de la Discapacidad", op. cit., p. 74.

²³ Vid. COURTIS, C.: "Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas", op. cit., p. 306; DE LORENZO GARCÍA, R.: "Los contornos del Derecho de la Discapacidad", op. cit., p. 71; KETT, M. et al.: "Disability, Development and the Dawning of a New Convention: A cause for Optimism?", op. cit., p. 658; y CUENCA GÓMEZ, P.: *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, op. cit., p. 26.

a la CIDPD en una norma de importancia capital no fue la plasmación de un catálogo de nuevos derechos, sino *asegurar el uso del principio de no discriminación*²⁴, de tal forma que se produce una integración del citado principio en cada uno de ellos. Esta peculiaridad significó un gran avance en la instrumentación real del principio de igualdad de oportunidades porque no se trata de una norma centrada exclusivamente en la no discriminación; antes, al contrario, se utiliza este recurso como un medio complementario a la necesidad de implementar políticas de acción positiva. Se produce, pues, una verdadera universalización de los derechos humanos centrada en las personas con discapacidad. La configuración de los derechos se adapta a las condiciones necesarias para garantizar que este colectivo pueda ejercerlos efectivamente.

Otra característica principal que refuerza el enfoque integrador de la CIDPD es la consagración de los ajustes razonables como instrumento principal para lograr la igualdad de oportunidades. Hasta la fecha, la presencia de esta medida era más bien tímida²⁵, pero la irrupción en la normativa del modelo social como paradigma de tratamiento de la discapacidad ha cambiado esta tendencia. Los Estados Partes consagraron los ajustes razonables como un instrumento universal sobre el que pivota el ejercicio de todos los derechos, y su incumplimiento es calificado como un comportamiento discriminatorio²⁶. Su versatilidad radica en las enormes posibilidades que ofrece y en la alineación que supone con la filosofía del modelo social. Así, los ajustes razonables surgen como herramienta para acomodar el entorno a las necesidades individuales que pueden requerir las personas con discapacidad en un ámbito en particular, y supone una toma de conciencia respecto a la necesidad de efectuar adaptaciones del ámbito en particular para lograr la igualdad de oportunidades²⁷. Y tal es la importancia que los Estados Parte han querido transferir a esta medida que se configura como un mecanismo de igualdad de oportunidades aplicable a cualquier ámbito y cuyo incumplimiento se calificará como una conducta discriminatoria ex artículo 2 de la CIDPD.

Llegados a este punto, especial comentario merece la instrumentación del derecho al trabajo prevista en la CIDPD. El esquema del artículo 27 de la CIDPD es muy similar al de los demás preceptos de este texto internacional que reconocen derechos, es decir, nos encontramos ante una construcción teórica del derecho en cuestión que lo reconoce y lo adapta a las exigencias del principio de igualdad, y a su vez, establece un catálogo de medidas encaminado a materializar su implantación en los Estados Partes. Así, en primer lugar, se encarga de reconocer, en un plano internacional, el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás (apartado 1), el no sometimiento a esclavitud ni servidumbre y la protección contra el trabajo forzoso (apartado 2). En este marco, se aprecia una clara voluntad de definir explícitamente dos aspectos clave: el acceso libre al empleo y la prestación de servicios en entornos abiertos, inclusivos y accesibles. Los Estados Partes confluyeron en ampliar el alcance clásico de este derecho, impregnando gran parte de los principios generales incardinados en el artículo 3 de la CIDPD, todo ello en aras de crear una dimensión específica del derecho al trabajo inspirada claramente en el paradigma social de tratamiento de la discapacidad.

²⁴ Vid. PALACIOS RIZZO, A.; PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.): "La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española", en *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 173.

²⁵ La presencia de los ajustes razonables se aprecia por primera vez en las Normas Uniformes pero la eficacia de esta norma no permite afirmar que nos encontremos ante una obligación *stricto sensu*. Ciertamente, existieron referencias cercanas conceptualmente en resoluciones anteriores, tales como la obligación de acomodo del proceso formativo de la Resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959, dictada por la Asamblea General, por la que se aprueba la Declaración de los Derechos del niño, el derecho a la readaptación profesional de la Resolución 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975, por la que se aprueba la Declaración de los Derechos de los impedidos o la aplicación de los principios ergonómicos para llevar a cabo la adaptación ex Resolución 37/52, e incluso en los convenios OIT núm. 159 y las recomendaciones núm. 99 y 150. Sin embargo, su presencia ha sido sumamente limitada y carente de una conceptualización sólida como la asumida por la CIDPD.

²⁶ Véase artículo 2 de la CIDPD.

²⁷ Vid. HENDRIKS, A.: "UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *op. cit.*, p. 277.

En segundo lugar, se prevé un amplio catálogo no cerrado de medidas para llevar a cabo la implementación del derecho al trabajo de este colectivo, tales como la prohibición de discriminación por razón de discapacidad en los distintos estadios de la relación laboral, la protección de los derechos en igualdad de condiciones que los demás trabajadores o el fomento del empleo de este colectivo en el sector público y privado, entre otras²⁸. Como puede observarse, las medidas previstas son prácticas habituales dentro de las políticas activas de empleo de los Estados Partes, si bien se aprecia una falta de concreción en las mismas, que aparecen más bien como mandatos.

3. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DE LA CUOTA DE RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

3.1. La regulación preconstitucional de la cuota de reserva: el Decreto 2531/1970 de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores *minusválidos*

La normativa sobre personas con discapacidad y su protección en la etapa previa al artículo 49 de la Constitución Española fue escasa y excesivamente paternalista²⁹, centrada especialmente en la definición del concepto de persona con discapacidad. Una característica que define el tratamiento de la discapacidad en este momento temporal es la influencia del paradigma de tratamiento médico, ya que no se aprecia la afectación del entorno en la calificación de la discapacidad. En este sentido, la protección normativa de este colectivo ha sido instrumentada de forma gradual a diferentes subcolectivos de personas con discapacidad, tal y como ya ha manifestado la doctrina³⁰.

En un momento inicial, la protección a este colectivo se limitó al ámbito de la Seguridad Social. Bajo la expresión “trabajadores accidentados”, la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 plasmó un sistema de compensaciones fundamentado en el tipo de incapacidad que el accidentado le hubiere generado al trabajador³¹. La importancia de esta norma radica en que actuó como catalizador de la protección de las personas con discapacidad, expandiendo tal calificación a otras subcategorías³². Sin embargo, la consolidación de un concepto único de persona con discapacidad no llegaría hasta la aprobación de la LISMI.

²⁸ El listado de las once medidas contempladas puede hallarse en el artículo 27 de la CIDPD.

²⁹ Vid. TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, p. 28, que señala que durante el siglo XIX “la legislación española adoptó un sentido acusadamente paternalista, piadoso protector en favor de los denominados desvalidos”. En esta misma línea, véase también MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, Civitas, Madrid, 2009, p. 19.

³⁰ Así lo señala ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibídem, Madrid, 1999, que cita a CASADO PÉREZ, D.: *Panorámica de la discapacidad*, Intress, Barcelona, 1991, p. 79, el cual apunta que “Tras la creación del mutilado, el inválido y el subnormal, el celo protector de los poderes públicos engendró una cuarta figura de beneficiario: el minusválido.”

Asimismo, PÉREZ PÉREZ, J.: *Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva*, Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid, 2015, pp. 145-156 también llega a la misma conclusión, analizando para ello la totalidad de las normas aprobadas en el ordenamiento jurídico español sobre el concepto de persona con discapacidad.

³¹ Para un análisis en profundidad sobre el contenido de esta norma, véase ALONSO OLEA, M.: “El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900”, *Papeles y memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 8, 2000, pp. 2-13; y SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Virtualidad de la Ley de accidentes de trabajo de 1900”, en DOMBLÁS, M.A. (Coord.): *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, 2007, pp. 57-79.

³² Véase ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., p. 45, que destaca la expansión de la protección a los sujetos incluidos dentro del seguro social, a las personas con discapacidad congénita y a las personas con problemas de alcoholismo e inadaptación social.

Un punto de inflexión se produjo con la entrada en vigor del Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores *minusválidos* (en adelante, Decreto 2531/1970), que fue calificada por la doctrina como la primera que asumió el propósito del fomento del empleo de este colectivo³³. Se trató de un texto normativo no muy extenso, que implementó una política de empleo sistemática³⁴, y *constituyó, durante más de una década, el centro neurálgico de la actuación del Estado en materia de fomento del empleo de las personas con discapacidad*³⁵.

Bajo la denominación “empleo protegido”, el artículo 11 del Decreto 2531/1970 es la primera aparición de la que ha sido la medida de acción positiva más importante en relación con el empleo de este colectivo hasta la fecha: la cuota de reserva de empleo. La configuración de esta obligación contempla la reserva de un dos por ciento de los puestos de trabajos en empresas de más de cincuenta trabajadores a trabajadores con discapacidad, contratándolos de entre aquellos que se hallen inscritos como tales en el correspondiente censo de trabajadores con discapacidad de las oficinas de colocación. Ahora bien, la configuración normativa de esta medida de acción positiva ostentaba una serie de peculiaridades que redujeron su eficacia, como por ejemplo la clasificación por ramas de actividad y categorías profesionales, a realizar por el Ministerio de Trabajo, de los empleos y puestos de trabajo a reservar (artículo 10) o el condicionamiento del cumplimiento de la obligación a medida que se produjeran vacantes por causas “naturales o biológicas” (artículo 11.2). Tales circunstancias normativas, sumadas a la posibilidad de reducir o incluso anular el porcentaje señalado cuando así lo impusieran las exigencias ineludibles del proceso laboral o la especial peligrosidad, toxicidad o penosidad del lugar de trabajo (artículo 11.3), debilitaban en abstracto la eficacia y aplicación de este mecanismo, que en la práctica se agravó por la crisis de empleo que España padeció durante los años 1977-1981³⁶, que impidió la aplicación de la cuota de reserva de empleo³⁷.

3.2. El resurgimiento de la cuota de reserva: la Ley 13/1982, de 13 de abril, de integración social de los *minusválidos*

Tras la aprobación de la CE, el legislador continuó la senda iniciada por el artículo 49 del texto constitucional y aprobó el Real Decreto 1327/1981 de 19 de junio sobre programas de empleo para trabajadores *minusválidos*. Se trata de una norma que reguló una serie de incentivos, consistentes en subvenciones y bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social para la contratación y el mantenimiento del empleo ordinario de personas con discapacidad, atendiendo para ello a la difícil situación que sufría este colectivo. No obstante, sorprende que el citado Real Decreto contemplase la derogación del Decreto 2531/1970, y no incluyese a su vez la regulación de la reserva de cuota de puestos de trabajo, dado que esta circunstancia eliminó temporalmente la aplicación de esta medida de acción positiva³⁸.

³³ Vid. GARCÍA QUIÑONES, J. C.: “El concepto jurídico laboral de discapacitado”, en VALDÉS DAL-RE, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad, 2005*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 69.

En este mismo sentido, ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos en favor del empleo de las personas con discapacidad”, *Documentación laboral*, núm. 64, 2001, p. 125, señaló que se trata de la primera vez que una norma busca la adaptación de la regulación del contrato a las características del colectivo.

³⁴ Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad, op. cit.*, p. 142.

³⁵ Véase PÉREZ PÉREZ, J.: *Contratación laboral de personas con discapacidad, op. cit.*, p. 408. De hecho, ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos en favor del empleo de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 124 constata que se trata de una norma incluso más completa en este ámbito que la normativa posterior.

³⁶ Así lo señala ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad, op. cit.*, p. 144, que cita a TOHARIA, L. *et al.*: “Empleo y paro en España, 1976-1990”, en PRIETO RODRÍGUEZ, C. (Coord.): *Las relaciones laborales en España, Siglo XXI de España Editores*, 1995, p. 44.

³⁷ En este sentido, véase OJEDA-AVILÉS, A.: “El procedimiento de colocación, revisado”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 14, 1983, p. 226, tal y como señala ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad, op. cit.*, p. 144.

³⁸ Vid. PÉREZ PÉREZ, J.: *Contratación laboral de personas con discapacidad, op. cit.* p. 370.

Sin embargo, no pasó mucho tiempo hasta que se dictase la norma que marcó un antes y un después en esta materia: la LISMI. Nació con la pretensión de desarrollar normativamente el artículo 49 de la CE³⁹, y se convirtió en la norma de referencia en materia de integración de las personas con discapacidad, *agrupando las distintas medidas en razón de una circunstancia subjetiva del beneficiario y no por su naturaleza*⁴⁰. Conviene dejar claro en este punto que no se trata de una norma que plasmó la creación o regulación de derechos para este colectivo, sino más bien la previsión de una serie de instituciones y su funcionamiento, y de ahí que pueda calificarse de una norma excesivamente paternalista⁴¹. De esta manera, una de las características que convirtieron a la LISMI en una norma pionera en materia de discapacidad fue la voluntad de integrar la regulación de distintos aspectos⁴², a fin y efecto de lograr un texto legal que facilitase una integración plena y efectiva de este colectivo. Bajo este planteamiento, la LISMI pareció asumir un enfoque muy próximo al modelo social de tratamiento de la discapacidad, pero la definición de discapacidad que ofreció y su contenido alejan al texto de este modelo de tratamiento, pudiendo afirmarse pues una mayor proximidad al modelo rehabilitador⁴³.

A propósito de la integración laboral, el título VII de la LISMI se encargó de plasmar las líneas maestras de las políticas de empleo a llevar a cabo por los poderes públicos. En este sentido, el enfoque legal asumido fue especialmente integrador, ya que el artículo 37 de la LISMI distinguió por primera vez entre el empleo ordinario y protegido⁴⁴, y priorizó la integración laboral de las personas con discapacidad en el medio ordinario⁴⁵. Este planteamiento fue claramente tributario del paradigma social de tratamiento de la discapacidad, y supuso una gran aportación para el empleo de este colectivo, que ha perdurado a lo largo de los años hasta la aprobación

³⁹ Vid. AZNAR LÓPEZ, M. et al.: *Integración social de los minusválidos: comentarios a la ley 13/1982, de 7 de abril*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1982, p. 24; DE LORENZO, R. y PALACIOS, A.: "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional", en V.V.A.A., *Los Derechos de las personas con discapacidad*, vol. 1, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 76; NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La integración laboral de las personas con discapacidad*, Escuela Libre, Madrid, 2000, p. 37; TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, op. cit., p. 91 *in fine* y ESTEBAN LEGARRETA, R.: "Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos en favor del empleo de las personas con discapacidad", op. cit., p. 126.

⁴⁰ Así lo constata GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación.", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 7, 1986, p. 52, que señala, a su vez, que la pretensión globalizadora de la LISMI es la manifestación del compromiso asumido por los poderes públicos ex artículo 49 de la CE En este mismo sentido, véase también RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V.: "Las políticas de empleo orientadas a personas con discapacidad: ¿Evolución o retroceso?", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, vol. 101, 2012, p. 78.

⁴¹ En esta misma línea, DE LORENZO, R.; PALACIOS, A.: "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional", op. cit., p. 76 constatan el marcado carácter prestacional de la LISMI, que persigue "[...] la facilitación de medios e instrumentos a personas con discapacidad para hacer frente a las dificultades derivadas de la discapacidad."

⁴² Así lo señala GARCÍA QUIÑONES, J. C.: "El concepto jurídico laboral de discapacitado", op. cit., p. 71, que sostiene que una de las virtudes de la LISMI fue "[...] refundir en un solo texto la normativa existente, con los efectos positivos que ello conlleva en relación con la unidad de criterio y la cohesión respectiva en los distintos campos de actuación sobre los que se proyecta."

En este mismo sentido, véase también TUSET DEL PINO, P.: *Trabajadores con discapacidad. La prestación de servicios de ajustes personales y sociales*, Difusión jurídica, Madrid, 2010, p. 21 que señala que la LISMI va a suponer refundir en un solo texto la dispersa normativa existente, dándole unidad de criterio y de cohesión en los distintos campos de actuación sobre los que se proyecta.

⁴³ Vid. PALACIOS RIZZO, A.; PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.): "La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española", op. cit., p. 149, que señala que esta circunstancia se halla vinculada al momento en el que nació la norma. Un claro ejemplo de ello puede observarse en que la integración laboral se basa en la recuperación profesional para incorporar a este colectivo al mercado de trabajo.

⁴⁴ Vid. TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, op. cit., p. 96.

⁴⁵ Conviene dejar apuntado en este punto que algunos autores, como por ejemplo MORA GONZÁLEZ, V.; CABRA DE LUNA, M. A.: "Hacia una nueva regulación del trabajo de las personas con discapacidad", *Anales de derecho y discapacidad*, 1, 2016, p. 72 que se han mostrado reticentes a esta preferencia y han señalado que esta distinción es abrupta.

del Real Decreto 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 social⁴⁶.

Sin embargo, la mayor novedad en este ámbito fue la recuperación de la cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad⁴⁷, que ha sido el mecanismo de acción positiva directa para el empleo de este colectivo más extendido en España. El artículo 38.1 de la LISMI contempló la obligación de contratar un número de trabajadores con discapacidad no inferior al dos por ciento de la plantilla en aquellas empresas cuya plantilla exceda de cincuenta personas. En el marco de su caracterización, se aprecia una clara evolución de la reserva de cuota con respecto a su regulación anterior, contenida en el Decreto 2531/1970. Buena muestra de ello es la formulación simple e incondicionada, gracias a dos factores claves: la supresión de la exigencia de vincular la contratación de este colectivo a la existencia de vacantes y la imposibilidad de sustituir su cumplimiento por contribuciones compensatorias. De esta manera, la configuración normativa de la reserva de empleo española se situó, sobre el papel, en la vanguardia de los países europeos en materia de cuotas de reservas de empleo puras⁴⁸, aunque su cumplimiento no acompañó a su modernidad⁴⁹.

3.3. Las modificaciones de la configuración legal de la cuota de reserva a lo largo de los últimos años

La configuración legal de la cuota de reserva no ha sido una institución que haya sufrido grandes reformas. Su caracterización se ha mantenido fiel a su espíritu inicial, exigiendo la contratación de un porcentaje de trabajadores con discapacidad no inferior al dos por ciento de la plantilla. Sin embargo, el legislador ha introducido fórmulas que han flexibilizado su cumplimiento o ejecución, ya sea a través de modificaciones del precepto que ha regulado la cuota de reserva o bien a través de la aprobación de normas complementarias, como por ejemplo el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad.

La primera de ellas la encontramos en la disposición adicional 39.1 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que introdujo un segundo párrafo en el hoy derogado artículo 42.1 de la LISMI. Esta modificación alteró una característica que, teóricamente, hacia particularmente efectiva la configuración de la cuota de reserva hasta la fecha, que no es otra que la inexistencia de un sistema alternativo de cumplimiento de

⁴⁶ El artículo 37.1 de la LGDPCD ha suprimido el principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo. Tal sorprendente modificación normativa ha sido duramente criticada por los sectores más autorizados de la doctrina, señalando ESTEBAN LEGARRETA, R.: "Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 127, 2014, pp. 70-71, que nos encontramos ante un "[...] golpe de autoridad sobre el Consejo de Ministros por una parte del sector de la discapacidad; sobre todo de los grupos más favorables a una expansión generalizada del empleo protegido." En el mismo sentido, véase también PÉREZ PÉREZ, J.: *Contratación laboral de personas con discapacidad*, op. cit., p. 158, que señala la posible inconstitucionalidad derivada de la incorrecta utilización del real decreto legislativo, por exceder los límites establecidos en el artículo 82 CE.

⁴⁷ La aprobación del Real Decreto 1327/1981 de 19 de junio, sobre programa de empleo para trabajadores *minusválidos*, derogó de facto el Decreto 2531/1970. Ello supuso que durante el periodo que transcurrió entre la entrada en vigor del Real Decreto 1327/1981 de 19 de junio, sobre programa de empleo para trabajadores *minusválidos* y de la LISMI, la reserva de cuota no era exigible en nuestro ordenamiento jurídico.

⁴⁸ Así lo indica PÉREZ PÉREZ, J.: *Contratación laboral de personas con discapacidad*, op. cit., p. 370-371.

⁴⁹ En efecto, el cumplimiento de la reserva de cuota fue muy reducido, debido principalmente a la escasa acción administrativa para aplicar las sanciones por su incumplimiento, tal y como señala *Ibid.* pp. 371-372. De hecho, ESTEBAN LEGARRETA, R.: "La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000)", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 2001, p. 44, señala que la ausencia de un desarrollo reglamentario es la principal causa de su incumplimiento.

la obligación. En efecto, hasta la fecha, la formulación de la obligación había sido incondicionada, ya que no permitía ningún tipo de contribución compensatoria que disminuyera o eliminase el alcance de la obligación⁵⁰. La razón de este cambio normativo se sitúa en la rigidez que ofrecía una configuración que no permitía excepciones a su cumplimiento, lo que convirtió a la obligación en una de las normas con un mayor grado incumplimiento, tal y como ha señalado la doctrina⁵¹. La nueva redacción del citado artículo 42.1 de la LISMI permitía a cualquier empresario/a quedar exento/a de la obligación de reserva de puestos de trabajo a personas con discapacidad, ofreciendo distintas opciones y fuentes que legitimaban el incumplimiento. En concreto, la ley permitió tanto el no cumplimiento total como parcial de la obligación, que se instrumentó a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, o bien por opción voluntaria del empresario. Si bien es cierto que la norma contempla esta posibilidad como excepcional, la realidad fue que la posibilidad de optar voluntariamente por el cumplimiento de medidas alternativas se estandarizó, dando lugar a una obligación que en la práctica perdió todo su potencial integrador de las personas con discapacidad.

A esta primera modificación le acompaña, transcurrido un tiempo, la aprobación del desarrollo reglamentario de las medidas alternativas, contenido en el hoy derogado Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, por el que se establecen medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 en favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores (en adelante, RD 27/2000) y en la Orden de 24 de julio de 2000, por la que se regula el procedimiento administrativo referente a las medidas alternativas (en adelante, Orden de 24 de julio de 2000). Estos dos instrumentos se encargaron de precisar el contenido de las medidas alternativas y el significado de la expresión “excepcionalidad”. Sobre el contenido de las medidas alternativas, el artículo 2 del RD 27/2000 estableció un total de tres vías: la formalización de un contrato civil o mercantil con un Centro Especial de Empleo o un trabajador autónomo con discapacidad para el suministro de cualquier tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa ordinaria, la formalización de un contrato civil o mercantil con un Centro Especial de Empleo o un trabajador autónomo con discapacidad para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa; y, finalmente, la realización de donaciones o acciones de patrocinio para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad. A la formulación de las medidas se acompaña, mediante el apartado 2 del citado artículo, la especificación de los importes mínimos necesarios, tomando como referencia el salario mínimo interprofesional anual por cada trabajador con discapacidad no contratado⁵². A propósito de la nota de excepcionalidad, el legislador optó por contemplar dos vías: una de carácter tasado (art. 1.1 del RD 27/2000 y 1.a de la Orden de 24 de julio de 2000) y otra de carácter libre (art. 1.1. y 3.1 del RD 27/2000). La excepcionalidad definida por el reglamento existirá cuando no sea posible incorporar a una persona con discapacidad a la empresa obligada como consecuencia de la imposibilidad de atender la oferta de empleo por los servicios de empleo públicos competentes, por la finalización del proceso de selección con carácter negativo, por la no existencia de demandantes de empleo o por la falta de interés de los candidatos/as en la oferta de

⁵⁰ Véase PÉREZ PÉREZ, J.: *Contratación laboral de personas con discapacidad*, op. cit., p. 371, que señala el carácter pionero de esta configuración a nivel europeo, que convertía a España en “[...] en uno de los pocos países europeos en acoger una reserva de empleo obligatoria para personas con discapacidad, y por tanto susceptible de generar sanciones ante su incumplimiento, sin sistema alternativo de contribución compensatoria”.

⁵¹ Véase ESTEBAN LEGARRETA, R.: “La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997- 2000)”, op. cit., p. 44 y RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía”, *Relaciones laborales*, vol. 1, 2000, p. 51.

⁵² Concretamente, se contempla que el importe anual de los contratos mercantiles o civiles con centros especiales de empleo debe ser como mínimo 3 veces el salario mínimo interprofesional anual por cada trabajador minusválido dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100, y el importe de las donaciones o acciones de patrocinio no puede ser inferior a 1,5 veces el salario mínimo interprofesional anual por cada trabajador minusválido dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100.

empleo. A esta lista debe sumarse la posibilidad de que el empresario alegue otras causas no definidas en la norma, opción esta admitida explícitamente en el artículo 3.1 del RD 27/2000, y que pueden basarse en peculiaridades de carácter productivo, organizativo, técnico, económico, entre otras, que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores discapacitados a la plantilla de la empresa. Tales supuestos exigirán la previa acreditación ante el Servicio Público de Empleo, que deberá resolver la solicitud de excepción en un plazo de tres meses ex artículo 3.1 del RD 27/2000.

El siguiente cambio que debe destacarse desde una perspectiva histórica fue la modificación efectuada por la disposición adicional decimoséptima de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Esta norma introdujo una precisión no menor a propósito de qué trabajadores deben computar a efectos de calcular la cuota de reserva. Concretamente, incluye dentro del concepto "plantilla" a efectos de determinar el cómputo del dos por ciento de puestos de trabajo aquellas personas trabajadoras que presten servicios para empresas de trabajo temporal. De esta manera, el legislador solventó una cuestión técnica no resuelta hasta el momento, que permitía omitir el cumplimiento de esta obligación en aquellos supuestos en los que las empresas, ya fueren públicas o privadas, optaban por la prestación de servicios a través de personas trabajadoras cedidas por empresas de trabajo temporal. Esta modificación evidenció una clara voluntad de delimitar el ámbito subjetivo de la obligación, que complementó el contenido ya de por sí amplio del primer párrafo del artículo 42.1 de la LISMI, que pretendía calificar como trabajador de plantilla a cualquier persona que prestara servicios independientemente del centro de trabajo y la modalidad contractual celebrada.

Por último, la LGDPCD se encargó de la derogación de la totalidad de la LISMI, incluyendo el artículo 42.1 de la misma. Este nuevo texto, que tiene una clara influencia de la CIDPD, regula de manera coherente y unitaria ámbitos de actuación tan diversos como la autonomía de las personas con discapacidad, el derecho a la protección a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la vida independiente o el derecho de participación en asuntos públicos, entre otros. De esta manera, la LGDPCD asume el esquema de derechos de la CIDPD y manifiesta una especial sensibilidad por incrementar la efectividad de los derechos del citado instrumento internacional, aunque también introduce algunos matices que la apartan de sus principios⁵³.

A propósito de su contenido, mención especial merece la configuración del concepto de persona con discapacidad plasmada en la LGDPCD. El artículo 4 de la LGDPCD conceptualiza a las personas con discapacidad desde una doble perspectiva: a) una más próxima al modelo social, caracterizada como *aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*, y b) otra que es más cercana al modelo médico, pues reconoce la consideración de personas con discapacidad a *aquellas personas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento*, incluyendo expresamente dentro de esta categoría a *los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad*. Como puede observarse, el legislador opta por incorporar ambas definiciones en la LGDPCD, aproximándose más al concepto social de la LIONDAU que al médico de la LISMI. Su prevalencia se deduce de la distinción que realiza el legislador en el marco del artículo 4 de la LGDPCD, dado que se opta por separar ambas definiciones en dos apartados distintos, situándose en primer lugar el concepto de persona con discapacidad más cercano al modelo social. El legislador, consciente del compromiso internacional que España asumió al ra-

⁵³ El ejemplo más claro lo hallamos en el principio de preferencia del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario, que fue apuntado por ESTEBAN LEGARRETA, R.: "Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad", *op. cit.*, pp. 70-75.

tificar la CIDPD, sitúa de forma coherente la definición tributaria de este tratado internacional en primer lugar. Así, la referencia al paradigma médico aparece como accesorio, a efectos de mantener incluidas explícitamente la definición que históricamente ha caracterizado a las personas con discapacidad, e iniciar la transición hacia un concepto de discapacidad plenamente social.

Desafortunadamente, en materia de integración laboral, la LGDPCD mantiene los mismos mecanismos de integración laboral de la LISMI, a saber, la obligación de realizar ajustes razonables (art. 40.2 de la LGDPCD) y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad (Art. 42 LGDPCD). Sin ánimo de entrar a valorar la primera de ellas⁵⁴, la configuración legal de la cuota de reserva se mantiene fiel a la redacción del art. 42.1 de la LISMI. La única modificación integrada por la LGDPCD puede encontrarse en el apartado 2 del artículo 42, que indica la necesidad de reservar un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad en ofertas de empleo público.

4. LUCES Y SOMBRAS DE LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LA CUOTA DE RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La configuración actual de la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad se halla contenida en distintos instrumentos legales, algunos de ellos ya apuntados anteriormente. El artículo 42 del LGDPCD actúa como punto de partida normativo, diseñando la obligación de contratar personas con discapacidad en determinadas circunstancias. Concretamente, estarán obligadas a contratar personas con discapacidad en un porcentaje igual o superior al 2 por 100 de su plantilla aquellas empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores. Esta obligación admite situaciones en las que las empresas podrán quedar exentas total o parcialmente de su cumplimiento, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, ex artículo 83.2 y 3 TRLET, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente.

Precisamente el desarrollo reglamentario al que se refiere el artículo 42 del LGDPCD es la segunda norma clave en la interpretación y aplicación de esta obligación. El Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad (en adelante, RD 364/2005), que derogó el RD 27/2000 pero no la Orden de 24 de julio de 2000, que sigue vigente, se encarga de establecer cuándo debe apreciarse la nota de excepcionalidad y qué opciones o medidas alternativas están a disposición de las empresas para suplir el incumplimiento autorizado de la cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad. Esta norma supuso un avance respecto al RD 27/2000 ya que depuró algunos defectos formales que presentaba el citado real decreto⁵⁵, si bien mantiene el enfoque restrictivo de las medidas alternativas, que condiciona la exención de la obligación a la previa acreditación de excepcionalidad y la correspondiente autorización administrativa. En este sentido, la excepcionalidad se halla tasada legalmente en el artículo 1.2 del RD 364/2005 mediante la formulación de una cláusula cerrada (apartado a)⁵⁶, y una cláusula abierta (apartado b)⁵⁷, ambas de carácter objetivo

⁵⁴ Para un examen en profundidad sobre la configuración de esta obligación, véase GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el Derecho comparado y el Derecho español*, Bomarzo, 2019.

⁵⁵ Así, por ejemplo, el artículo 1.2 del RD 364/2005 incluye de forma explícita la causa de excepcionalidad basada en *cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla*, cuestión esta que no aparecía en la redacción del artículo 1.2 del RD 27/2000.

⁵⁶ A saber, *cuando la no incorporación de un trabajador con discapacidad a la empresa obligada se deba a la imposibilidad de que los servicios públicos de empleo competentes, o las agencias de colocación, puedan atender*

toda vez que su concurrencia no se condiciona a la libre voluntad del empresario. Esta circunstancia, que ya ha sido advertida previamente por la doctrina⁵⁸, choca frontalmente con el artículo 42.1 segundo párrafo de la LGDPCD, dado que, en puridad, no existe una opción voluntaria del empresario, sino más bien una decisión empresarial, que, si bien es libre, se halla condicionada a la existencia de alguna de las circunstancias de carácter objetivo del RD 364/2005. Respecto a las medidas alternativas, el RD 364/2005 mantiene en su artículo 2 el planteamiento adoptado por el RD 27/2000, basado en la posibilidad de formalizar de un contrato civil o mercantil con un Centro Especial de Empleo o un trabajador autónomo con discapacidad para el suministro de cualquier tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa ordinaria, la formalización de un contrato civil o mercantil con un Centro Especial de Empleo o un trabajador autónomo con discapacidad para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa; y, finalmente, la realización de donaciones o acciones de patrocinio para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad. Añade, además, la posibilidad de constituir un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo, opción esta que, dicho sea de paso, ha sido calificada como testimonial por su escasa utilización en la práctica⁵⁹.

La tercera y última referencia normativa que configura la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad es el Criterio técnico 98/2016 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, aprobado el 24 de junio (en adelante, Criterio técnico 98/2016). Si bien el criterio técnico justifica su existencia en la atención progresiva que ha recibido la cuota de reserva por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social y la recopilación de diferentes buenas prácticas de actuación de las delegaciones provinciales de Inspección⁶⁰, lo cierto es que la verdadera finalidad de este instrumento consiste en ofrecer una guía interpretativa que armonice la resolución de cuestiones aplicativas no definidas por el marco jurídico de la cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad. En efecto, un examen preliminar a las materias abordadas en las 24 páginas del criterio técnico nos permite observar la vocación complementaria y resolutoria de la norma. Así, por ejemplo, el examen del concepto de empresa pública y privada, la propuesta reglas de contabilización de los contratos, la determinación del “*dies a quo*” para el cálculo, la definición del concepto de persona con discapacidad a efectos del cumplimiento de la cuota de reserva o las indicaciones sobre la cuantificación de las medidas y el periodo de vigencia, entre otras, ilustran la vocación de complementar el marco jurídico existente sobre la obligación. De esta manera, el criterio técnico 98/2016 efectúa una más que necesaria actualización de esta institución, que teóricamente debería abordar el legislador, introduciendo matizaciones que podrían estar perfectamente integradas en una futura reforma del RD 364/2005 o incluso en el artículo 42 de la LGDPCD⁶¹.

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.

⁵⁷ Concretamente, cuando existan, y así se acrediten por la empresa obligada, 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.

⁵⁸ Vid. PÉREZ PÉREZ, J.: *Contratación laboral de personas con discapacidad*, op. cit., p. 426.

⁵⁹ Así lo atestigua la Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012, p. 22, que indica que: “Además dentro de las medidas alternativas, unas –contratación de bienes y servicios con centros especiales de empleo–, se han usado más que otras –donación– e incluso en otras su uso parece testimonial –contratación con autónomos y enclaves laborales–”.

⁶⁰ Véase la página 1 *in fine* del Criterio 98/2016.

⁶¹ Por ejemplo, el límite del contenido que puede establecer la negociación colectiva para que la empresa pueda solicitar la declaración de excepcionalidad (art. 1.1 del RD 364/2005 y apartado III.1 del criterio técnico 98/2016), el periodo temporal de aplicación de la cantidad correspondiente a las medidas alternativas autorizadas (art. 1.4

5. LA COMPATIBILIDAD DE LA CUOTA DE RESERVA CON LA CIDPD

Como ya habrá podido advertirse, la cuota de reserva ha sido una institución tradicional en materia de integración de personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. Su regulación ha pasado por distintas etapas, pero sus variaciones han sido mínimas desde la disposición adicional 39.1 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que se encargó de introducir la posibilidad de recurrir a medidas alternativas, esquivando así, de forma legal, el cumplimiento de la institución objeto de examen en esta contribución.

No obstante, la irrupción de la CIDPD supuso una migración de paradigma o enfoque en el tratamiento de la discapacidad hacia el denominado modelo social, y, en consecuencia, conviene preguntarse en este momento si la actual configuración de la cuota de reserva se adapta a las exigencias del modelo social, que no ha sufrido alteración alguna como consecuencia de la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Convención⁶².

Para ello, este apartado se centrará en examinar tanto el ámbito subjetivo como objetivo de la obligación, prestando especial atención a la necesidad de reformular el concepto de trabajador con discapacidad en la aplicación de esta institución y la conveniencia de encontrar una configuración que integre nuevas fórmulas más acordes con la CIDPD.

5.1. El ámbito subjetivo: el concepto de persona con discapacidad a efectos del cumplimiento de la cuota de reserva

Una de las novedades más importantes introducidas en la LGDPCD, como consecuencia de la CIDPD, fue la modificación del concepto de persona con discapacidad. Las definiciones incluidas sobre esta materia en las leyes refundidas (LISMI i LIONDAU) plantearon una situación de difícil solución, pues las definiciones eran, como ya hemos visto, muy distintas. El artículo 4 de la LGDPCD conceptualiza a las personas con discapacidad desde una doble perspectiva: a) una más próxima al modelo social⁶³, caracterizada como *aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*, y b) otra que es más cercana al modelo médico, pues reconoce la consideración de personas con discapacidad a *aquellas personas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, incluyendo expresamente dentro de esta categoría a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad*⁶⁴. El legislador opta por incorporar ambas

del RD 364/2005 y el apartado III.4.2 del criterio técnico 98/2016) o la caracterización del concepto de persona con discapacidad a efectos del cumplimiento de la obligación objeto de estudio (art. 4.2 de la LGDPCD y el apartado II.4.2 del criterio técnico 98/2016), entre otros.

⁶² La Ley 26/2011 fue la encargada de efectuar esta operación jurídica, y un simple examen a su contenido permite advertir que las modificaciones operadas en la LISMI (art. 19 de la Ley 26/2011 en relación con el artículo 57 LISMI) no afectaron a los mecanismos de integración del empleo de las personas con discapacidad.

⁶³ Así lo señalan GOÑI SEÍN, J. L.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, Navarra, 2015. p. 49; ESTEBAN LEGARRETA, R.: "Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad", *op. cit.*, p. 69; DE ASÍS ROIG, R.: "Unas primeras reflexiones sobre la Ley general de derechos de las personas con discapacidad", *Papeles: el tiempo de los derechos*, núm 12, 2013, p. 4.

⁶⁴ No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 992/2018 de 29 de noviembre confirmó la declaración *ultra vires* del reconocimiento previsto por el artículo 4.2 de la LGDPCD, efectuada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 4 de julio de 2016 (Rec. 712/2016).

Para un examen en profundidad, véase GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: "¿Es automática la asimilación entre la

definiciones en la LGDPCD, introduciendo algunos matices no menores⁶⁵, aproximándose más al concepto social de la LIONDAU que al médico de la LISMI. Su prevalencia se deduce de la distinción que realiza el legislador en el marco del artículo 4 de la LGDPCD, dado que se opta por separar ambas definiciones en dos apartados distintos, situándose en primer lugar el concepto de persona con discapacidad más cercano al modelo social. En mi opinión, la norma es consciente de la necesidad de evolucionar la definición de este concepto, dejando atrás aquellas conceptualizaciones más próximas al modelo médico. Es por ello que el legislador, consciente del compromiso internacional que España asumió al ratificar la CIDPD, sitúa de forma coherente la definición tributaria de este tratado internacional en primer lugar. Así, la referencia al paradigma médico aparece como accesorio, a efectos de mantener incluidas explícitamente la definición que históricamente ha caracterizado a las personas con discapacidad, e iniciar la transición hacia un concepto de discapacidad plenamente social.

Esta modificación en el concepto de persona con discapacidad tiene una trascendencia notable en el cumplimiento de la cuota de reserva del artículo 42 de la LGDPCD, sobre todo si tenemos en cuenta que el citado precepto omite la construcción de un concepto de persona con discapacidad específico para la obligación objeto de estudio. En consecuencia, el cambio normativo del concepto de persona con discapacidad ha afectado a las personas trabajadoras que pueden ser contratadas por el empresario para cumplir con esta obligación.

Así, la expansión que ha sufrido el concepto de persona con discapacidad ha afectado, si bien de forma indirecta, de manera positiva a la cuota de reserva de puestos de trabajo. En efecto, la configuración actual permite ya no sólo la contratación de trabajadores que ostenten el reconocimiento administrativo de un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, sino también aquellos que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Esta circunstancia ha pasado ciertamente desapercibida en el criterio técnico 98/2016, que parece denegar esta posibilidad mediante su silencio. Concretamente, el apartado II.4.2 del criterio técnico 98/2016 omite cualquier referencia al artículo 4.1 de la LGDPCD, que es precisamente el concepto de discapacidad contenido en el artículo 1 de la CIDPD, y de hecho, sostiene que sólo podrán ser contratados para el cumplimiento de la obligación aquellas personas trabajadoras incardinadas en alguna de las categorías del artículo 4.2 de la LGDPCD.

Esta limitación plantea dudas respecto de la compatibilidad del ámbito subjetivo de la obligación objeto de estudio con la CIDPD, circunstancia exigida desde el plano judicial⁶⁶. En este sentido, las razones esgrimidas por el criterio técnico son del todo insuficientes, ya no sólo por la referencia a una serie de consultas anteriores a la adaptación del ordenamiento jurídico español a la CIDPD⁶⁷, sino por la inexistencia de una argumentación sólida que integre o descarte el modelo social de tratamiento de la discapacidad en el criterio técnico. Esta cuestión es especialmente importante en la actualidad como consecuencia de la declaración ultra vires del art.

pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y la existencia de una discapacidad igual o superior al 33 %?: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 992/2018, de 29 de noviembre”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 436, 2019, pp. 119-126.

⁶⁵ Tal y como señala PÉREZ PÉREZ, J.: *Contratación laboral de personas con discapacidad*, op. cit., pp. 168 y 169, la LGDPCD elimina la precisión del origen médico de las deficiencias que aparecía en la LIONDAU y modifica la expresión “puedan impedir” por “limiten o impidan” en relación con las barreras y la participación de las personas con discapacidad, entre otros cambios.

⁶⁶ Véase la STJUE de 11 de abril de 2013, *Hk Danmark*, C-335/11, E U:C:2013:222, apartado 32, que, si bien se refiere a la Directiva 2000/78/CE, es ciertamente extrapolable a la normativa nacional.

⁶⁷ El texto remite a las consultas de la DGE de 14-11-2005, 13-06-2006 y 01-12-2008, que, desde un punto de vista cronológico, son anteriores a la adaptación del ordenamiento jurídico español a la CIDPD, que se produjo con la Ley 26/2011.

4.2 de la LGDPCD, confirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 992/2018 de 29 de noviembre, que obstaculiza la contratación de personas con discapacidad y limita las posibilidades de contratación únicamente a aquellas personas que ostenten el reconocimiento administrativo de un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

5.2. El ámbito objetivo: la configuración de la cuota de reserva a la luz de la CIDPD

La cuota de reserva es una tradicional medida de acción positiva en el ordenamiento jurídico español, y como ya se ha apuntado, no ha sufrido cambios en su regulación como consecuencia de la aprobación e integración de la CIDPD en el ordenamiento jurídico español. La razón principal que justifica este fenómeno podemos hallarla en el absoluto silencio que guarda la CIDPD en relación con esta institución. En efecto, el mencionado tratado internacional no dedica ninguno de sus artículos a la cuota de reserva, a diferencia de otras instituciones que sí han recibido una mayor atención⁶⁸. Ni siquiera el artículo 27 de la CIDPD, dedicado al derecho al trabajo de las personas con discapacidad, contempla la garantía de reservar puestos de trabajo para personas con discapacidad, si bien podría incluirse dentro del apartado h), que se refiere genéricamente al fomento del empleo de este colectivo mediante programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas.

El silencio de la norma dificulta el examen de la compatibilidad de la actual configuración de la cuota de reserva con la CIDPD. De hecho, es significativa la omisión de esta medida de acción positiva en este instrumento internacional, especialmente si tenemos en cuenta su previsión en distintos ordenamientos jurídicos del mundo. Y es precisamente esta circunstancia la que permite apreciar un cierto rechazo en la CIDPD hacia la cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad. El modelo de tratamiento social, del que es tributario la CIDPD, apuesta por la adaptación del puesto de trabajo como mecanismo estándar para lograr la plena inclusión de las personas con discapacidad. Si bien ello no es una novedad, ya que también se aprecia esta circunstancia en la Directiva 2000/78/CE⁶⁹, es significativo la falta de previsión, y simboliza la innecesaridad de una medida de acción positiva como la cuota de reserva en un contexto en el que el modelo social de tratamiento de la discapacidad sea una realidad. La integración laboral de las personas con discapacidad no requeriría una contratación obligatoria *ex lege*, ya que se eliminarían, mediante la accesibilidad universal y la adaptación del puesto de trabajo, los principales obstáculos para la plena integración de este colectivo en el mercado de trabajo.

Ahora bien, este escenario no deja de ser una propuesta a medio/largo plazo en el ordenamiento jurídico español, debido a la escasa implementación efectiva de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo. Y en este sentido, la desaparición de la cuota de reserva no parece aún una solución eficaz, pero sí que sería posible adaptar algunos de sus aspectos para acercarla a un planteamiento más próximo al modelo social de tratamiento de la discapacidad.

⁶⁸ El ejemplo paradigmático ha sido la obligación de realizar ajustes razonables, cuya definición y configuración en distintos ámbitos se halla en los artículos 2, 5.3, 13, 14, 24 y 27 de la CIDPD.

⁶⁹ En efecto, la Directiva 2000/78/CE fue una norma pionera al incluir por primera vez la protección contra la discriminación por razón de discapacidad en el empleo, pero esta no regula la cuota de reserva para personas con discapacidad.

De hecho, algunas voces autorizadas ya advirtieron los problemas de compatibilidad que puede presentar la configuración nacional de la cuota de reserva con el derecho de la Unión Europea, derivados de la STJUE de 17 de octubre de 1995, *Kalanke*, C-450/93, EU:C:1995:322. En este sentido, véase WADDINGTON, L.; BELL, M.: "More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives", *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001, p. 603.

Como primera sugerencia, sería recomendable conectar el cumplimiento de la cuota de reserva con la obligación de realizar ajustes razonables. Una de las novedades más importantes de la CIDPD es la inclusión de la transformación y/o adaptación de los entornos para lograr una efectiva igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, y la cuota de reserva no puede omitir esta circunstancia. Si bien la cuota de reserva juega actualmente un papel importantísimo en la integración laboral, la lógica de la CIDPD no se agota en la contratación y exigiría ir un paso más allá, de tal manera que la necesidad del cumplimiento de la cuota de reserva debería acabar desapareciendo como consecuencia de la accesibilidad universal de los puestos de trabajo. En mi opinión, ello podría conseguirse integrando dentro de la cuota de reserva la realización de actuaciones que mejoren la accesibilidad de los nuevos puestos de trabajo o la adaptación *ad hoc* de los ya existentes por iniciativa empresarial, circunstancia esta última que ya constituye una obligación al amparo del artículo 40.2 de la LGDPCD. Para instrumentar jurídicamente esta propuesta, existen dos posibilidades. Una primera vía que consistiría en reformular el ámbito objetivo de la obligación prevista en el artículo 42 de la LGDPCD, exigiendo al empresario, de manera añadida a la actual obligación de contratar trabajadores, la realización de actuaciones tendentes a lograr la accesibilidad de sus puestos de trabajo o bien la adaptación concreta de puestos de trabajo. O bien, podría optarse por ofrecer al empresario una vía alternativa de cumplimiento de la cuota de reserva, que no requeriría la autorización de la administración, y que consistiría en la implementación de mejoras en materia de accesibilidad o adaptación de puestos de trabajo para lograr facilitar la contratación o el mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad.

En segundo lugar, y en estrecha conexión con la primera sugerencia, el cumplimiento de la cuota de reserva debería reconfigurarse para que abarcara a una parte más representativa del tejido empresarial español. El criterio actual, basado en la existencia de una plantilla igual o superior a 50 personas, es un planteamiento que no es acorde con la realidad empresarial española⁷⁰, y, además, no es coherente con la universalidad inherente al concepto “igualdad de oportunidades” predicada en la CIDPD, que exige ampliar el ámbito subjetivo de la obligación objeto de estudio. En efecto, la literalidad del artículo 42.1 de la LGDPCD obstaculiza la plena integración de las personas con discapacidad, toda vez que el ámbito de aplicación de la norma en España es muy limitado. La plasmación de un mayor nivel de exigencia, concretado en la ampliación del ámbito subjetivo de la cuota de reserva, permitiría un incremento del número de contrataciones de este colectivo, que, si bien serían obligatorias, permitirían avanzar hacia el objetivo perseguido por la CIDPD, que no es otro que promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad. En este sentido, conviene aclarar que, si bien se defiende la expansión del ámbito subjetivo de la obligación, ello no significa que deba exigirse idéntico grado de cumplimiento a todas las empresas. El legislador podría apostar por la previsión de diferentes niveles adaptados a la infraestructura y medios del tamaño concreto de las empresas, asegurando así un cumplimiento generalizado que no genere situaciones en las que la carga del cumplimiento de la obligación perjudique en mayor medida a aquellas empresas de menor tamaño.

⁷⁰ Los últimos datos publicados en el INE, a través del DIRCE, correspondientes a 2018 son especialmente reveladores, destacando la presencia de empresas que tienen menos de 6 trabajadores (1.214.260 de un total de 3.337.646 de empresas, que se subdividen en 910.686 empresas de 1 a 2 trabajadores y 303.574 empresas que tienen contratados de 3 a 5 trabajadores). Las empresas con menos de 50 trabajadores tienen una presencia mucho más reducida (126.345 empresas, que corresponden a 80.860 empresas que tienen contratados entre 10 y 19 trabajadores y 45.485 empresas que tienen contratados de 20 a 49 empleados).