

# LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS DE EMPLEO ORDINARIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ¿MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA O DE LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN?

DAVID GUTIÉRREZ COLOMINAS

*Profesor Lector (Programa Serra Hunter) de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social (Acreditado Prof. Contratado doctor)*

Universidad Autónoma de Barcelona

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Principio de igualdad; discriminación; acción positiva; discapacidad; ajustes razonables; cuota de reserva

La caracterización del principio de igualdad de trato ha evolucionado hacia manifestaciones que pretenden superar los paradigmas de la igualdad formal, ofreciendo la creación de nuevas fórmulas y categorías que apuestan por neutralizar las diferencias de trato asentadas históricamente. Este escenario general se ha visto reforzado en el ámbito de la discriminación por razón de discapacidad por el incremento de la protección judicial, protagonizada esencialmente por el TJUE, como consecuencia de la implementación del modelo social al amparo de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ante tales circunstancias, la clasificación de las medidas de fomento del empleo de las personas con discapacidad se ha convertido en una cuestión de interés, dada la posible afectación que puede tener su calificación como medida antidiscriminatoria o de acción positiva en supuestos de incumplimiento. Por todo ello, este artículo trata de integrar la ampliación internacional y europea de la protección del empleo de las personas con discapacidad, y ofrecer una lectura actualizada a los estándares de la Convención Internacional y el Real Decreto Legislativo 1/2013, a través de una delimitación conceptual de la naturaleza de los mecanismos de empleo ordinario dirigidos a este colectivo.

## ABSTRACT

**Key words:** Equality principle; Non-discrimination; positive action; disability; reasonable accommodation; employment quota

The principle of equal treatment has evolved towards manifestations that seek to overcome the paradigms of formal equality. In this regard, new categories have been created in order to neutralize historically established negative differences. This general scenario has been reinforced in the field of disability discrimination by the CJEU, who has implemented the social model proclaimed in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Therefore, the classification of the measures to promote the employment of persons with disabilities has become a matter of interest, given the possible impact that their qualification as an anti-discrimination or affirmative action measure may have in cases of non-compliance. This article seeks to delimitate the nature of the ordinary employment mechanisms aimed at this group, based on the International and European expansion of employment protection for people with disabilities and an updated vision according to the Convention and the Royal Legislative Decree 1/2013.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JUDICIAL DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
3. LA NATURALEZA DE LOS MECANISMOS ESPECÍFICOS DE EMPLEO ORDINARIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
  - 3.1. La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo
    - 3.1.1. Configuración normativa
    - 3.1.2. La integración de la obligación de realizar ajustes razonables dentro de la tutela de antidiscriminatoria
  - 3.2. La cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad
    - 3.2.1. Configuración normativa
    - 3.2.2. ¿Es la cuota de reserva de puestos de trabajo una verdadera medida de acción positiva?
    - 3.2.3. La apuesta por su consideración como medida de igualación positiva
  - 3.3. El empleo con apoyo
    - 3.3.1. Configuración normativa
    - 3.3.2. El empleo con apoyo como paradigma de medida de acción positiva
4. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

El tratamiento igualitario de las diferencias y circunstancias propias derivadas de la diversidad humana ha sido una cuestión de amplio alcance a nivel jurídico. La necesidad de que el ordenamiento jurídico garantice la formulación y aplicación de las normas a todas las personas por igual ha sido, y sigue siendo, una preocupación para la doctrina científica. Desde una perspectiva constitucional, la igualdad entre personas aparece como valor superior en el artículo 1 de la Constitución Española (en adelante, CE), y se refleja explícitamente en distintos preceptos, tal y como ha señalado la doctrina<sup>1</sup>. Sin embargo, el artículo 14 de la CE se encarga de constitucionalizar este valor como derecho, y no como principio<sup>2</sup>, y constata además una serie de motivos o razones concretas de discriminación prohibidas, entre las que se incluye la discapacidad. La construcción normativa del citado artículo contempla dos partes claramente diferenciadas, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional<sup>3</sup>, a saber, una cláusula general de igualdad de todos los

<sup>1</sup> Vid. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M.; Fernández López, M.F., “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, en Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.E. (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española*, vol. Tomo I, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 334, que cita como exponentes a los artículos 23.2, 31, 32, 39.2, 68.1, 69.2, 130.1, 149.1.1 de la Constitución Española.

<sup>2</sup> Véase el fundamento jurídico cuarto de la STC núm. 200/2001, de 4 de octubre, que define el contenido del artículo 14 de la CE como un “[...] derecho subjetivo de los ciudadanos [...]”. En este punto conviene.

<sup>3</sup> Véase los apartados a y b del fundamento jurídico cuarto de la STC núm. 200/2001.

españoles ante la Ley y la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Con carácter general, el artículo 14 de la CE exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, deba existir una justificación suficiente de tal diferencia<sup>4</sup>. Ello implica una obligación especialmente intensa hacia los poderes públicos, que limita la arbitrariedad en sus actuaciones, pero que ha de valorarse en cada caso, teniendo en cuenta el régimen jurídico sustantivo del ámbito de relaciones en que se proyecte<sup>5</sup>. Así, se prohíben aquellas desigualdades que carezcan de razones objetivas o motivos razonables, citando expresamente algunas circunstancias históricamente muy arraigadas<sup>6</sup>, siendo necesario que, además de justificar la objetividad de la diferencia de trato, se realice un juicio de proporcionalidad que implica el examen de la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida<sup>7</sup>.

La interpretación del artículo 14 de la CE ha pasado por diversos estadios, y se aprecia una clara evolución<sup>8</sup>, que ha transitado desde una visión formalista de la igualdad ante la ley<sup>9</sup>, hasta una configuración mucho más profunda, referida al contenido de la ley, materializada a través del uso de la expresión “en la ley”<sup>10</sup>. En

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Véase la STC núm. 209/1988, de 10 de noviembre.

<sup>6</sup> En este sentido, véase el fundamento jurídico quinto de la STC núm. 128/1987, de 16 de julio; el fundamento jurídico segundo de la STC 166/1988, de 26 de septiembre y el fundamento jurídico segundo de la STC 145/1991, de 1 de julio.

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión, véase la STC núm. 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; STC núm. 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; STC núm. 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; STC núm. 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; STC núm. 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; STC núm. 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; STC núm. 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; STC núm. 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; STC núm. 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; STC núm. 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, todas ellas citadas en la STC núm. 200/2001, de 4 de octubre.

<sup>8</sup> *Vid.* Ollero Tassara, A., “La igualdad en la aplicación de la Ley en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Estudios de Derecho Judicial*, 87, 2006, pág. 229-260, que ha denominado a este fenómeno *la superación del paleopositivismo legalista*.

<sup>9</sup> *Vid.* Pérez Del Rio, T., “Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario”, *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, 13, 2005, pág. 38.

<sup>10</sup> *Vid.* Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M.; Fernández López, M. F., “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, *op. cit* pág. 337. Un exponente interesante de esta manifestación puede hallarse en la STC 201/1991, de 28 de octubre, en la que se declara contrario al artículo 14 CE una actuación judicial del Tribunal Central de Trabajo consistente en modificar injustificadamente, a través de una de sus sentencias, el criterio interpretativo establecido en sentencias anteriores del mismo tribunal, dictadas sobre supuestos idénticos. En dicha sentencia se discutía si el complemento por jubilación anticipada, percibido en cumplimiento de Acuerdos sobre Saneamiento y Reconversión del Sector Siderúrgico Integral, merece o no la consideración de «pensión pública», a los efectos de aplicación del límite máximo de las pensiones de jubilación reglamentaria establecido por la norma legal.

este contexto, las medidas de acción positiva han desempeñado y desempeñan un papel ciertamente relevante<sup>11</sup>. Esta categoría incorpora medidas de tratamiento de favor de determinados grupos sociales, tradicionalmente postergados en el mercado de trabajo o bien en la protección social, con vistas a la corrección o superación de su mayor situación de debilidad en las relaciones sociales<sup>12</sup>. Pese a que nuestra Carta Magna no las cita expresamente, su fundamento constitucional lo hallamos en el artículo 9.2 de la CE, y se incardina en el ámbito de la igualdad material, a diferencia de la prohibición de discriminación, que se integra en la dimensión de la igualdad formal, tal y como ha apuntado la doctrina<sup>13</sup>.

Esta categoría ha desempeñado un papel muy importante en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, que se ha encargado de integrarlas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y ha sido objeto de análisis en distintas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En concreto, el artículo 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluyó una primera mención a este mecanismo, en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres, que pretende ofrecer ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. Llama la atención en este punto que el legislador europeo formula las medidas de acción positiva como un instrumento para garantizar el principio de igualdad de trato, todo ello pese a las contradicciones que presenta con relación al artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>14</sup>. Ahora bien, el ámbito de actuación de las medidas de acción positiva no se agota en la igualdad entre hombres y mujeres, pues el legislador europeo ha procurado su utilización en el marco de distintas directivas, como por ejemplo en la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Art. 5) o 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 (Art. 7). Y en este punto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse a propósito

<sup>11</sup> Tal y como señala Álvarez Del Cuvillo, A., “Elementos para una valoración técnico-jurídica de las medidas de acción positiva”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 11, 2010. pág. 5 (formato electrónico): “[...] la acción positiva es producto de una estrategia progresiva destinada a maximizar la eficacia del «principio de igualdad de oportunidades».

<sup>12</sup> *Ibid.* Cruz Villalón, J., “Las medidas de acción positiva”, en García-Perrote Escartín, I., Sempere Navarro, A. V. y Gómez-García Bernal, A. (Coords.), *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pág. 232.

<sup>13</sup> *Ibid.*, pág. 233; Martín Vida, M.N., *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 37 *in fine*.

<sup>14</sup> *Ibid.* Waddington, L.; Bell, M., “Exploring the Boundaries of Positive Action under EU: A Search for Conceptual Clarity”, *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, pág. 1505.

de la finalidad y características de las medidas de acción positiva, destacando su naturaleza limitada, prohibiendo expresamente preferencias absolutas e incondicionadas<sup>15</sup>; la exigencia de proporcionalidad para que sean admisibles<sup>16</sup>; o el carácter instrumental de aquellas para lograr una igualdad sustancial, más allá de la formal<sup>17</sup>, entre otras cuestiones. No obstante, la constante adaptación del ordenamiento jurídico a nuevas realidades, que se ha traducido conceptualmente en la integración de la expresión “igualdad de oportunidades”<sup>18</sup>, ha conducido a la creación de novedosos conceptos, que se suman a categorías ya existentes como las citadas medidas de acción positiva, que actúan a modo de herramientas jurídicas para alcanzar la igualdad real y luchar contra la discriminación. Así, términos como discriminación directa, discriminación indirecta, discriminación inversa, discriminación por asociación o discriminación sistémica o múltiple, se han convertido en categorías que han suscitado y suscitan cuestiones de interés en la actualidad<sup>19</sup>.

A la evolución del principio de igualdad y la aparición de nuevos mecanismos para lograr la materialización efectiva de la igualdad debe sumársele la construcción de la protección específica de las distintas causas de discriminación. Una de las causas que ha experimentado un crecimiento exponencial y sostenido en el tiempo, con especial trascendencia en el ámbito del Derecho del Trabajo, ha sido la discapacidad, cuya protección ha experimentado un notable crecimiento en los últimos tiempos. En efecto, la protección frente a la discriminación por motivos de discapacidad ha ganado interés como consecuencia de la progresiva atención que

<sup>15</sup> Véase el apartado 32 de la STJUE de 11 de noviembre de 1997, Marschall y Land Nordrhein-Westfalen, C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533 y el apartado 21 y 22 de la STJUE de 17 de octubre de 1995, Kalanke, C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322.

<sup>16</sup> Véase el apartado 39 de la STJUE de 19 de marzo de 2002, Lommers y Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, C-476/99, ECLI:EU:C:2002:183; el apartado 38 de la STJUE de 15 de mayo de 1986, Johnston, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206; apartado 26 de la STJUE de 26 de octubre de 1999, Sirdar, C-273/97, ECLI:EU:C:1999:523, y el apartado 23 de la STJUE de 11 de enero de 2000, Kreil, C-285/98, ECLI:EU:C:2000:2.

<sup>17</sup> Véase el apartado 48 de la STJUE de 6 de julio de 2000, Abrahamsson, Anderson y Fogelqvist, C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367.

<sup>18</sup> *Vid.* Pérez Del Río, T., “Transversalidad de género...”, *op. cit.*, pág. 38 *in fine*.

<sup>19</sup> El interés ha sido mostrado tanto a nivel europeo como español. Así, por ejemplo, la STJUE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, fue uno de los pronunciamientos encargados de examinar la discriminación por asociación, que ha sido un fenómeno con una cierta trascendencia nacional -véase, por ejemplo, la STSJ de Galicia de 4 de marzo de 2021 (Rec. 4447/2020), entre otras-. Para un estudio en profundidad sobre esta temática, véase Maneiro Vázquez, Y., *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Aranzadi, Navarra, 2022.

le ha prestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los últimos años<sup>20</sup>, asumiendo España un notable protagonismo<sup>21</sup>. En particular, el órgano judicial europeo ha expandido el concepto de persona con discapacidad, y por lo tanto los supuestos en los que pueden producirse situaciones de discriminación y/o deben practicarse actuaciones, integrando el denominado modelo social de tratamiento en su doctrina. El punto de inflexión se originó con la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/1, ECLI:EU:C:2013:222, que abrió la posibilidad de asimilar una enfermedad curable o incurable a la discapacidad, a efectos de aplicación de 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 Dir. 2000/78/CE), si bien, los siguientes pronunciamientos judiciales han expandido la protección a nuevas situaciones como por ejemplo la obesidad (STJUE de 22 de mayo de 2014, Glatzel, C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350 y STJUE de 18 de enero de 2018, Ruíz Conejero, C-270/16, ECLI:EU:C:2018:17). De forma más actual, también se han abordado temáticas estrechamente vinculadas al concepto de persona con discapacidad, tales como el requisito de larga duración exigido para la existencia de una discapacidad (STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917), la delimitación de conceptos nacionales cercanos a la discapacidad (STJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plásticos, C-397/18, ECLI:EU:C:2019:703), o la aplicación de la protección por discapacidad a grupos homogéneos que comparten la existencia de una o varias circunstancias protegidas por la Dir. 2000/78/CE (STJUE de 26 de enero de 2021, VL, C-16/19, ECLI: EU:C:2021:64).

Ante este escenario, en el que confluyen los avances en la implementación efectiva del principio de igualdad y la expansión de la protección frente a la

<sup>20</sup> Concretamente, las sentencias que se han dictado hasta la fecha han sido: STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456; STJUE de 6 de diciembre de 2012, Odar, C-152/11, ECLI:EU:C:2012:772; STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222; STJUE de 4 de julio de 2013, Comisión/Italia, C-312/11, ECLI:EU:C:2013:446; STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159; la STJUE de 22 de mayo de 2014, Glatzel, C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350; STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, ECLI:EU:C:2014:2463; STJUE de 26 de marzo de 2015, Fenoll, C-316/13, ECLI:EU:C:2015:200; STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917; STJUE de 18 de enero de 2018, Ruíz Conejero, C-270/16, ECLI:EU:C:2018:17; STJUE de 9 de marzo de 2017, Milkova, C-406/15, ECLI:EU:C:2017:198; STJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plásticos, C-397/18, ECLI:EU:C:2019:703; STJUE de 26 de enero de 2021, VL, C-16/19, EU:C:2021:64 y STJUE de 15 de julio de 2021, Tartu Vangla, C-795/19, ECLI:EU:C:2021:606.

<sup>21</sup> Los órganos judiciales españoles han planteado un total de 4 cuestiones prejudiciales, que derivaron en las siguientes sentencias: STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456; STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917; STJUE de 18 de enero de 2018, Ruíz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17; STJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plásticos, C-397/18, EU:C:2019:703.

discriminación por razón de discapacidad, la hipótesis de partida de este trabajo es que la clarificación de la naturaleza de los mecanismos de integración laboral de las personas con discapacidad en el empleo ordinario es especialmente importante y no ha sido precisada con detalle hasta el momento. La relevancia de esta cuestión se circunscribe no sólo desde una perspectiva conceptual, sino también práctica, relativa a las consecuencias que genera el incumplimiento de cada una de las medidas de integración laboral del citado colectivo. Y en este sentido, determinar la naturaleza de la obligación de realizar ajustes razonables, la cuota de reserva de puestos de trabajo y del empleo con apoyo es fundamental para detectar si su infracción es una conducta discriminatoria o no, y las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Así, este artículo parte de la importancia de delimitar las categorías creadas a colación de las nuevas manifestaciones del derecho a la igualdad, y se centra en clarificar la naturaleza de las medidas que garantizan el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en el empleo ordinario. De esta manera, el objetivo principal de esta contribución es diferenciar si nos hallamos ante mecanismos de tutela antidiscriminatoria, medidas de acción positiva o cualquier otra categoría existente en nuestro ordenamiento jurídico, a fin de ofrecer respuestas a los operadores jurídicos a propósito de las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento.

A nivel metodológico, este estudio parte de una aproximación hermenéutica de los distintos mecanismos de empleo ordinario de las personas con discapacidad, contenidos 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). Para ello, serán objeto de tratamiento la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad (en adelante, CIDPD), los instrumentos de interpretación relativos a la CIDPD, a saber, la Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación, emitida por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el 26 de abril de 2018 (en adelante, Observación general núm. 6), y los preceptos constitucionales correspondientes (arts. 9.2, 14 y 49 CE). Estas fuentes serán complementadas con una exhaustiva revisión bibliográfica doctrinal, así como de los pronunciamientos judiciales más relevantes sobre la configuración del principio de igualdad de trato y las distintas calificaciones de las medidas instrumentadas para fomentar el empleo de las personas con discapacidad. En este punto, conviene precisar que se ha optado por examinar los tres mecanismos de empleo ordinario de las personas con discapacidad contenidos en los artículos 40, 41 y 42 de la LGDPCD, a saber, la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo, la cuota de reserva de puestos de trabajo y el empleo con apoyo.

La estructura de este artículo parte de un análisis introductorio desde una perspectiva legal y judicial del empleo de las personas con discapacidad, que resulta necesario para visualizar la construcción normativa y judicial y la evolución de las citadas medidas, y centraliza la discusión sobre la calificación de los mecanismos

de integración laboral en el empleo ordinario para las personas con discapacidad, a fin de ofrecer argumentos para determinar su naturaleza. Cada uno de los apartados relativos a las medidas examinadas analiza brevemente su configuración normativa, ofrece una propuesta de calificación basada en distintos argumentos y examina qué connotaciones jurídicas tiene su calificación, especialmente con relación a las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

## 2. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JUDICIAL DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

España ha contemplado una protección ciertamente constante y progresiva de las personas con discapacidad en el empleo, inaugurada por la inclusión del artículo 49 de la CE. Tal precepto abrió una nueva etapa histórica en el ordenamiento jurídico español, en la que se expandió la igualdad sustancial a las personas con discapacidad y se convirtió en *una imposición específica del principio constitucional de igualdad que se ha venido articulando a través de un catálogo muy amplio y variado de medidas de fomento y estímulo*<sup>22</sup>, todo ello pese a los problemas de eficacia que presenta como consecuencia de su exclusión del Capítulo II, y por ende, de las garantías del artículo 53 de la CE.

El desarrollo legal del mandato constitucional se efectuó a través de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (en adelante, LISMI), adoptando una aproximación ciertamente cercana al modelo social de tratamiento de la discapacidad. En este sentido, esta norma plasmó un concepto amplio de persona con discapacidad, y distinguió por primera vez entre empleo ordinario y protegido, contemplando medidas específicas y concretando la preferencia de incorporación en el medio ordinario, circunstancia esta última que desapareció en la LGDPCD<sup>23</sup>. El siguiente hito normativo español fue la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante, LIONDAU), actualmente refundida, junto a la LISMI, en la LGDPCD, que es la norma de referencia en la actualidad. La LIONDAU fue una norma de referencia y especialmente avanzada para su tiempo, que se encargó de materializar una primera aproximación al modelo social de tratamiento de la discapacidad<sup>24</sup>. Ello se acompañó de una mayor

<sup>22</sup> Vid. Ruiz Castillo, M. M., *Igualdad y no discriminación: la proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Bomarzo, Albacete, 2010, pág. 85.

<sup>23</sup> Vid. 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, págs. 70-75.

<sup>24</sup> Según Palacios Rizzo, A., “La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española”, en Pérez Bueno, L.C. (Dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad:*



importancia a la adaptación del entorno como medida para favorecer el ejercicio de los derechos, y al enfoque de tratamiento no asistencial basado en la consideración de la discapacidad como causa de discriminación<sup>25</sup>. A estas normas conviene sumar la Dir. 2000/78/CE y la CIDPD, que supusieron hitos muy relevantes en la protección del empleo de las personas con discapacidad. Pese a las novedades introducidas a nivel europeo por la Dir. 2000/78/CE<sup>26</sup>, y a nivel internacional por la CIDPD<sup>27</sup>, el marco jurídico español ya se hallaba ciertamente preparado para el

*estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 148 y 156, se trata de la norma paradigmática del modelo social de tratamiento de la discapacidad.

En esta misma línea, véase también Cordero Gordillo, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011., pág. 58 y Martínez-Pujalte, A.L., “Los principios básicos del nuevo Derecho español de la discapacidad a la luz de la LIONDAU”, en Pérez Bueno, L.C. (Dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 246-249, que añade que la LIONDAU fue la norma de cabecera de todo el Derecho español de la discapacidad.

<sup>25</sup> En particular, la LIONDAU incorporó medidas de distinta tipología, tanto de carácter sustantivo (capítulo II) como procesal (capítulo III), entre las que encontramos medidas contra la discriminación y de acción positiva, que se complementaron con un enfoque transversal en los ámbitos más importantes de participación social y ciudadana, que también se aprecia en la CIDPD, como por ejemplo las telecomunicaciones, los transportes, la administración de justicia o el patrimonio cultural. Sin embargo, el mayor avance se produjo en la incorporación de la obligación de realizar ajustes razonables en distintos ámbitos, que van más allá del empleo (Art. 3 en relación con el art. 7 LIONDAU), circunstancia esta que se alinea con el enfoque transversal propio de la CIDPD.

<sup>26</sup> Esta Directiva introdujo por primera vez la protección por motivos de discapacidad en el ámbito de las relaciones laborales y fue una norma muy relevante dado que combina una perspectiva basada en el modelo de derechos civiles estadounidense y el modelo clásico europeo de protección social, tal y como han señalado Waddington, L., “Legislating to Employ People with Disabilities: the European and American Way”, *Maastricht Journal*, vol. 367, 1, 1994, pág. 368; De Burca, G., “The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, 1, 2012, págs. 1-22; 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, págs. 24-25. Concretamente, su artículo 1 introduce la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad en distintos ámbitos definidos en el artículo 3 Dir. 2000/78/CE, plasmó distintas categorías de protección en su artículo 2.2 (discriminación directa e indirecta) y un mecanismo específico de protección para garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, a saber, la obligación de realizar ajustes razonables (artículo 5 Dir. 2000/78/CE). Todo ello, pese a no incluir un concepto europeo de persona con discapacidad, que ha generado una intervención sostenida en el tiempo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, encargado de expandir el concepto de persona con discapacidad y de implementar judicialmente el modelo social de tratamiento de la discapacidad.

<sup>27</sup> La CIDPD fue el primer instrumento del sistema universal de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad de carácter vinculante que, partiendo de las Normas Uniformes, optó por introducir un cambio en la óptica del tratamiento de la discapacidad. Concretamente, se adopta una estructura normativa basada en derechos, incluyendo esferas de

cambio de paradigma hacia el modelo social de tratamiento de la discapacidad<sup>28</sup>, como consecuencia de los avances que supuso la LIONDAU. Este escenario ha favorecido una cierta pasividad normativa, que es, en mi opinión, especialmente criticable como consecuencia de una falta de armonización completa con la CIDPD<sup>29</sup>.

La norma de referencia actualmente vigente es la LGDPCD, que procedió a refundir tanto la LISMI como la LIONDAU. Entre otras virtudes, se encargó de aportar unidad en la dispersión normativa que existió hasta el momento, manteniendo la orientación normalizadora introducida en la LIONDAU, que es acorde con la voluntad de la CIDPD. La vocación transversal y el esquema normativo basado en derechos son dos de sus principales características, si bien destacó por clarificar la relación entre instituciones contempladas anteriormente en la LIONDAU y la LISMI, y especialmente entre la obligación de realizar ajustes razonables genéricos (LIONDAU) y en el ámbito del empleo (LISMI), que han coexistido fruto de la existencia de distintas regulaciones. En cuanto a su

actuación social que hasta el momento no habían aparecían, tal y como han señalado Courtis, C., “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas”, en De Lorenzo García, R. y Pérez Bueno, L.C. (Coords.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2007, págs. 306; De Lorenzo García, R., “Los contornos del Derecho de la Discapacidad”, en Pérez Bueno, L.C. (Dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 71; y, 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, pág. 26.

<sup>28</sup> 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. Según este modelo, 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 derivadas de la diversidad humana. De esta forma, la solución que se propone es modificar los entornos limitantes a través de la accesibilidad y el diseño universal, abandonando la idea de normalidad.

<sup>29</sup> Distintas instituciones exigirían, en mi opinión, la revisión de su caracterización a la luz de la CIDPD, que promulgó el modelo social de tratamiento de la discapacidad como estándar. La medida estrella de este nuevo paradigma es la obligación de realizar ajustes razonables, y por lo tanto, el legislador debería centralizar las medidas de empleo conectando los distintos mecanismos con el citado deber empresarial. Véase, por ejemplo, la adaptación de la cuota de reserva de puestos de trabajo o la modificación de la configuración de aquellas extinciones con especial impacto en las personas con discapacidad, tal y como se señala en Gutiérrez Colominas, D., “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 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Documentación laboral*, 120, 2020, págs. 41-58 y Gutiérrez Colominas, D., “La adaptación de la extinción por la ineptitud sobrevenida del trabajador con discapacidad a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿Una cuestión pendiente?”, *Derecho de las relaciones laborales*, vol. 3, 2019., págs. 297-306.

estructura y contenido, la LGDPCD 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. No obstante, el uso del Real Decreto como norma de refundición para abordar materias de tan diversa índole ha sido cuestionado por la doctrina<sup>30</sup>. Desde la óptica del empleo, encontramos que el capítulo VI del título I contempla, bajo la denominación “Derecho al trabajo”, distintos mecanismos jurídicos de acceso y mantenimiento del citado derecho. En particular, se incluyen tres tipos de modalidades de empleo: a) empleo ordinario (arts. 40 a 42); b) empleo protegido (art. 43 a 46); y c) empleo autónomo (art. 47). Dentro de la primera categoría, que es la que resulta de interés por afinidad temática con el objeto de este estudio, encontramos tres medidas concretas para garantizar el empleo de las personas con discapacidad, a saber, la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo, el empleo con apoyo y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, que serán examinadas detalladamente en los siguientes apartados de este artículo.

Por último, y desde una óptica judicial, la implementación legal progresiva, e incluso prematura, respecto a la CIDPD, no ha sido correspondida por los tribunales españoles, a pesar de que España ha sido el país de la Unión Europea que más cuestiones prejudiciales ha formulado sobre la discriminación por razón de discapacidad<sup>31</sup>. Si bien es cierto que han existido pronunciamientos judiciales muy destacables<sup>32</sup>, como por ejemplo, la reciente STC núm. 51/2021 de 15 de marzo<sup>33</sup>, o la STS de 22 de febrero de 2018 (Rec. 160/2016)<sup>34</sup>, que clarifican la interpretación de la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables,

<sup>30</sup> Vid. Esteban Legarreta, R., “Puntos clave en perspectiva laboral...”, *op. cit.*, págs. 55-61, que pone de relieve la adaptación de algunos aspectos del ordenamiento jurídico español a la CIDPD a través de este instrumento.

<sup>31</sup> Véase la cita 21 de este trabajo.

<sup>32</sup> Véase la STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 13 de abril de 2021 (Rec. 160/2020), las STSJ's del País Vasco (Sala de lo Social) de 19 de diciembre de 2017 y de 29 de septiembre de 2017 (Recs. 2345/17 y 1734/17, respectivamente), entre otras.

<sup>33</sup> Para un estudio en profundidad sobre esta sentencia, véase Esteban Legarreta, R., “Discapacidad psíquica “menor”, medidas disciplinarias en el marco de una relación de empleo, discriminación y ajustes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 2021 (STC 51/2021)”, *Iuslabor*, 2, 2021.

<sup>34</sup> Para un estudio en profundidad sobre este pronunciamiento judicial, véase Gutiérrez Colominas, D., “La discriminación por discapacidad en las extinciones por ineptitud sobrevenida. Comentario a la STS de 22 de febrero de 2018 (Rec. 160/2016)”, *Derecho de las relaciones laborales*, 5, 2018, págs. 525-530; Iturri Gárate, J.C., “Despido por ineptitud sobrevenida. Discapacidad. Medidas de ajuste razonable.: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (recurso 160/2016)”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 188, 2018, págs. 41-54.

lo cierto es que aún existen dificultades para abordar el concepto de persona con discapacidad previsto en el artículo 4 de la LGDPCD, especialmente con relación al apartado primero<sup>35</sup>, que no exige reconocimiento administrativo expreso para que opere la protección antidiscriminatoria, ya que el segundo fue declarado *ultra vires* por la STS de 29 de noviembre de 2018 (Rec. 3382/2016)<sup>36</sup>.

### 3. LA NATURALEZA DE LOS MECANISMOS ESPECÍFICOS DE EMPLEO ORDINARIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

#### 3.1. La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo

##### 3.1.1. Configuración normativa

La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo se halla regulada en el artículo 40.2 de la LGDPCD. Se trata de un deber empresarial, cuya incorporación en el ordenamiento jurídico español se produjo como consecuencia de la transposición del artículo 5 de la Dir. 2000/78/CE, y que actúa no sólo como un instrumento para garantizar el principio de igualdad de trato de las personas con discapacidad<sup>37</sup>, sino como máxima expresión del modelo social de tratamiento de la discapacidad. En particular, implica la obligación empresarial de introducir

<sup>35</sup> La cuestión que presenta mayor disparidad de opiniones es la interpretación del concepto “larga duración”, abordada en la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, y cuyas líneas interpretativas plantean dudas a propósito de cuánto tiempo debe transcurrir para considerar una situación de incapacidad temporal como discapacidad.

<sup>36</sup> Para un estudio exhaustivo sobre este pronunciamiento judicial, véase Cabra De Luna, M.A., “Asimilación de las situaciones legales de Seguridad Social de incapacidad permanente al reconocimiento de la discapacidad: sentencias 993/2018 y 992/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y su efecto”, *Anales de derecho y discapacidad*, 4, 2019, págs. 227-239; García Sabater, A., “El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 221, 2019, págs. 171-188; Gutiérrez Colominas, D., “¿Es automática la asimilación entre la 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, págs. 119-126; Iturri Gárate, J.C., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018 (recurso 3382/2016).: “Nadie es normal, la normalidad es un valor estadístico”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, vol. 196, 2019, págs. 15-25.

<sup>37</sup> Para un estudio en profundidad de la configuración e impacto de este deber empresarial, véase Rodríguez-Sanz De Galdeano, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 127, 2014, págs. 85-120 y 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, Albacete, 2019.

las modificaciones necesarias para permitir, en términos amplios, la integración laboral del citado colectivo. La norma española, de manera coherente con la configuración del artículo 5 de la Dir. 2000/78/CE, exige que la ejecución de tales cambios obedezca a las necesidades de cada situación concreta, y, por lo tanto, nos encontramos ante una obligación que tiene carácter individual, a diferencia de otras manifestaciones dirigidas a eliminar obstáculos<sup>38</sup>. Además, el ámbito de actuación de la citada obligación se extiende prácticamente a todos los estadios de la inserción sociolaboral, pudiendo exigirse adaptaciones tanto en las fases iniciales de acceso al empleo, como durante el desarrollo de la prestación laboral<sup>39</sup>, incluyendo expresamente el acceso a la formación y el progreso profesional. En este punto, es conveniente señalar que, pese a que los artículos 40.2 de la LGDPCD y 5 de la Dir. 2000/78/CE no contemplan explícitamente su obligatoria exigencia con carácter previo a la extinción del contrato de trabajo, algunos indicios apuntan a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se mostrará proclive a ello<sup>40</sup>, si bien en este punto el Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de manifestarlo en 2018 en el marco de las extinciones por ineptitud sobrevenida<sup>41</sup>. A pesar del énfasis que la norma, tanto europea como española, plasma respecto al carácter obligatorio de las adaptaciones, la previsión de una excepción al cumplimiento, no desarrollada aún reglamentariamente, mitiga las posibilidades de implantación efectiva. En efecto, la existencia de una carga excesiva o desproporcionada exime del cumplimiento de este deber empresarial. Para determinar si una carga es excesiva, el legislador ofrece distintos indicios, a saber, la previsión nacional de medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen, y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.

<sup>38</sup> Véase, por ejemplo, la diferenciación entre la accesibilidad y este deber empresarial en el apartado 24 de la Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación.

<sup>39</sup> Véase la reciente STJUE de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI: EU:C:2022:85, que señala que cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a la aparición de una discapacidad, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada calificable como «ajuste razonable» (apartado 43 de la citada sentencia). De hecho, la exigencia de la obligación de realizar ajustes razonables se extiende también durante el periodo de prueba o de prácticas de una persona trabajadora, en virtud del artículo 3, apartado 1, letras a) y b) (apartado 30 de la citada sentencia).

<sup>40</sup> El apartado 68 de las conclusiones del Abogado General de 11 de noviembre de 2021, HR Rail, C-485/20 señalan el carácter preventivo de los ajustes razonables para mantener el empleo, y por lo tanto, la necesaria exigencia de su realización de forma previa a extinguir el contrato de trabajo de personas con discapacidad, apoyándose, para ello, en una cita (núm. 29) a una contribución del autor del presente estudio, a saber, Gutiérrez Colominas, D., “Can Reasonable Accommodation Safeguard the Employment of People with Disabilities?”, en Czesch, P. *et al* (ed.) *European Yearbook on Human Rights 2019*, Intersentia, 2019, págs. 63 a 89. Esta tesis también ha sido incorporada por el Tribunal Constitucional en el fundamento de derecho cuarto de su sentencia núm. 521/2021 de 15 de marzo, si bien específicamente limitado a las personas con discapacidad mental.

<sup>41</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (Rec. 160/2016).

### 3.1.2. La integración de la obligación de realizar ajustes razonables dentro de la tutela de antidiscriminatoria

A tenor de la configuración normativa de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo, ¿nos encontramos ante una medida de acción positiva, o, por el contrario, se trata de un mecanismo que se integra en la tutela antidiscriminatoria? La cuestión es ciertamente compleja, pues ni el legislador europeo ni el español han clarificado su naturaleza, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tampoco ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, como sí ha sucedido, por ejemplo, con medidas de acción positiva en el ámbito de la discriminación por razón de sexo<sup>42</sup>. En este punto, es necesario señalar que la distinción entre medida de acción positiva o antidiscriminatoria va más allá de clarificar un debate conceptual de indudable valor doctrinal. En efecto, la distinción tiene una gran trascendencia para la práctica forense, toda vez que la consideración como medida antidiscriminatoria lleva implícita la vulneración del artículo 14 de la CE, y por lo tanto, la posibilidad de denunciar la conducta y sus efectos a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Ahora bien, la relevancia se materializa en la posibilidad de peticionar una indemnización reparadora *ex* artículo 182 de la LRJS, que se sumaría a la posibilidad de solicitar la nulidad de la decisión empresarial adoptada. Afortunadamente, la reciente STC núm. 51/2021, de 15 de marzo, que ha sido la última sentencia del Tribunal Constitucional que ha abordado la obligación de realizar ajustes razonables, incluye algunos fragmentos de interés sobre este debate. Si bien señala que el citado deber empresarial *desempeña un papel fundamental a la hora de combatir la discriminación por razón de discapacidad prohibida por el art. 14 CE*<sup>43</sup>, y *es esencial para, asimismo, dar cumplimiento a los mandatos de los arts. 9.2 y 49 CE*<sup>44</sup>, el pronunciamiento judicial sostiene que el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables constituye una

<sup>42</sup> Véase especialmente STJUE de 17 de octubre de 1995, Kalanke, C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322; STJUE de 11 de noviembre de 1997, Marschall, C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533; STJUE de 28 de marzo de 2000, Badeck, C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163; STJUE de 6 de julio de 2000, Abrahamsson, C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367; STJUE de 19 de marzo de 2002, Lommers, C-476/99, ECLI:EU:C:2002:183; STJUE de 30 de septiembre de 2004, Briheche, C-319/03, ECLI:EU:C:2004:574. Con especial interés, si bien no conectadas directamente con las medidas de acción positiva, véase también STJUE de 30 de septiembre de 2010, Roca Álvarez, C-104/09, ECLI:EU:C:2010:561; STJUE de 16 de julio de 2015, Maïstrellis, C-222/14, ECLI:EU:C:2015:473; y el auto del TJUE de 7 de febrero de 2018, C-142/17 y 143/17, ECLI:EU:C:2018:68.

Para una aproximación doctrinal actual de interés, véase la obra colectiva Rodríguez Sanz De Galdeano (Dir.), *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad en el empleo*, Aranzadi, Navarra, 2020, y en particular, su capítulo 7 dedicado a las medidas de acción positiva.

<sup>43</sup> Véase el primer párrafo del fundamento jurídico cuarto de la STC núm. 51/2021, de 15 de marzo.

<sup>44</sup> Véase el segundo párrafo del fundamento jurídico cuarto de la STC núm. 51/2021, de 15 de marzo.

vulneración del artículo 14 de la CE<sup>45</sup>. Teniendo en cuenta la conclusión a la que llega el citado pronunciamiento, el Tribunal Constitucional parece inclinarse por considerar el deber empresarial objeto de análisis como una medida incardinada en la tutela antidiscriminatoria, todo ello pese a que la sentencia no presta atención a ofrecer una argumentación complementaria *a sensu contrario*, esto es, a afirmar qué razones pueden conducir a descartar que nos encontremos ante una medida de acción positiva, que, en mi opinión, hubiere sido pertinente y conveniente para ofrecer seguridad jurídica a los operadores.

Ante este escenario, mi posición frente a la calificación de la obligación de realizar ajustes razonables se alinea con la tesis del Tribunal Constitucional, descartando así su consideración como medida de acción positiva y afirmando su carácter antidiscriminatorio. La consideración como una conducta discriminatoria manda un importante mensaje a los operadores jurídicos, que contribuye tanto a disuadir respecto a su incumplimiento como a potenciar su ejecución, y por lo tanto, contribuye al cumplimiento de la norma. Sin embargo, existen más argumentos que conducen a esta tesis, que parten en su mayoría del contenido de la LGDPCD y una visión histórica de una de las normas predecesoras (LIONDAU), si bien también existen circunstancias propias de este deber empresarial que apoyan mi opinión. No obstante, también debe añadirse una circunstancia relevante, relativa a cómo se formulan las medidas de acción positiva y discriminatorias en clave europea.

Así pues, en primer lugar y en clave histórica, la obligación de realizar ajustes razonables ha sido caracterizada como una medida de lucha contra la discriminación. El artículo 6 de la hoy derogada LIONDAU definió como medidas de discriminación aquellas *que tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable*. En este punto, conviene señalar que, si bien tradicionalmente las medidas contra la discriminación han consistido en la prohibición de conductas discriminatorias, advirtiendo pues un carácter prohibitivo<sup>46</sup>, el artículo 7 LIONDAU amplió esta caracterización clásica, admitiendo expresamente como medida de lucha contra la discriminación *exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos*, constatando específicamente la inclusión del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables dentro de esta categoría. A sensu contrario, los artículos 8.1 y 9 de la LIONDAU, que contemplan la definición<sup>47</sup>, y contenido

<sup>45</sup> Véase el sexto párrafo del fundamento jurídico cuarto de la STC núm. 51/2021, de 15 de marzo, que sostiene que “[...] *el incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación*”.

<sup>46</sup> Vid. Pérez Del Río, t., “Transversalidad de género...”, *op. cit.*, pág. 35 y ss.

<sup>47</sup> El artículo 8.1 de la LIONDAU especifica que las medidas de acción positiva serán: *“aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o*

de las medidas de acción positiva<sup>48</sup>, se encargan de confirmar el deslinde del citado deber empresarial respecto a las medidas de acción positiva, toda vez que guardan absoluto silencio sobre la obligación de realizar ajustes razonables. Por lo tanto, la separación establecida en la LIONDAU parece apuntar a que el legislador incluyó la obligación de realizar ajustes razonables dentro de las medidas de discriminación, sin mención expresa a su pertenencia a las medidas de acción positiva.

En segundo lugar, la LGDPCD se presenta ciertamente continuista respecto a la LIONDAU, y mantiene una caracterización de la obligación de realizar ajustes razonables como medida antidiscriminatoria. En este sentido, incluso se han añadido preceptos ciertamente interesantes que refuerzan que nos encontramos ante una medida contra la discriminación. De especial interés es, por ejemplo, que la caracterización de la obligación de realizar ajustes razonables (art. 2 de la LGDPCD) se halla conceptualmente separada de la definición de las medidas de acción positiva. Así, el apartado g) se encarga de definir las medidas de acción positiva como aquellas cuyo objetivo se centra en *evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad*, y el apartado m) constata la definición de los ajustes razonables<sup>49</sup>. A ello debe sumarse la calificación expresa de la citada obligación como medida contra la discriminación, prevista en el marco del artículo 66 de la LGDPCD. En efecto, este precepto, encargado de definir el contenido de las medidas contra la discriminación, incluye, como ejemplo en esta categoría, una mención explícita a la exigencia de realizar ajustes razonables. De hecho, el legislador parece reservar las medidas de acción positiva en materia de discapacidad, concretadas en *apoyos complementarios y normas,*

*especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad*".

<sup>48</sup> El artículo 9 de la LIONDAU concreta que: "1. Las medidas de acción positiva podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Los apoyos complementarios podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación. Dichas medidas tendrán naturaleza de mínimos, sin perjuicio de las medidas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias. 2. En particular, las Administraciones públicas garantizarán que las ayudas y subvenciones públicas promuevan la efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural".

<sup>49</sup> En particular, señala que serán *las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.*



*critérios y prácticas más favorables* al amparo del artículo 68 de la LGDPCD, para otorgar un mayor nivel de protección a ciertos colectivos dentro de las personas con discapacidad, *ex* artículo 67 de la LGDPCD<sup>50</sup>. Esta construcción es tributaria de la CIDPD, que también clasifica la obligación de realizar ajustes razonables como medida contra la discriminación, separándola así de las medidas de acción positiva. Si bien es cierto que el texto de la CIDPD no constata literalmente tal distinción, uno de los instrumentos principales para su interpretación se ha encargado de precisar esta cuestión. La Observación general núm. 6 aclaró las obligaciones de los Estados parte en relación con la no discriminación y la igualdad, y precisó, entre otras cuestiones, la caracterización y límites de la obligación de realizar ajustes razonables<sup>51</sup>. Y en este punto, los apartados 23 y 25.c de la Observación general núm. 6 son especialmente ilustrativos. El primero de ellos señala que el citado deber empresarial forma parte de la obligación de no discriminar por razón de discapacidad<sup>52</sup>, y el apartado 25.c insiste en clarificar la diferenciación entre el ya citado mecanismo y las medidas de acción positiva, señalando que, a pesar de compartir como finalidad conseguir la igualdad de hecho, los ajustes razonables son una obligación dirigida a combatir la discriminación por razón de discapacidad<sup>53</sup>.

La caracterización de los ajustes razonables también presenta características incardinables en la categoría “medidas contra la discriminación”. Una de ellas es la previsión individualizada de ejecución del citado deber empresarial, que es extremadamente casuística, dado que se diseña teniendo en cuenta las necesidades de cada situación concreta. En efecto, el diseño de la obligación de realizar ajustes razonables pivota sobre la existencia de una discapacidad que limite o impida

<sup>50</sup> Así, por ejemplo, *aquellas personas con discapacidad susceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación, incluida la discriminación múltiple, o de un menor grado de igualdad de oportunidades, como son las mujeres, los niños y niñas, y las personas con discapacidad que viven habitualmente en el medio rural* son el objetivo principal de este tipo de medidas.

<sup>51</sup> Véase los apartados 23 a 27 de la Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación.

<sup>52</sup> Conviene apuntar aquí que la asimilación de la obligación de realizar ajustes razonables no es una cuestión novedosa en el ámbito internacional, pues la Observación general núm. 5 “Las personas con discapacidad”, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1994, ya tuvo ocasión de señalar en su apartado 15, con relación a las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, que “[...] la “discriminación fundada en la discapacidad” puede definirse como una discriminación que incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, o negativa de alojamiento razonable sobre la base de la discapacidad”.

<sup>53</sup> El apartado 25.c de la Observación general núm. 6 señala literalmente: “Además, los “ajustes razonables” no deben confundirse con las “medidas específicas”, lo que comprende las “medidas de acción afirmativa”. Si bien ambos conceptos tienen por finalidad lograr la igualdad de hecho, los ajustes razonables son una obligación de no discriminación, mientras que las medidas específicas implican un trato preferente a las personas con discapacidad respecto de las demás para solucionar la exclusión histórica y sistemática o sistémica de los beneficios derivados del ejercicio de los derechos.”

la inserción o participación de la persona en el empleo, y de ahí que se haya calificado como una medida que parte de una noción asimétrica<sup>54</sup>. Ello implica, pues, que la existencia de una discapacidad no lleve aparejada, en cualquier caso, la realización del ajuste, y por lo tanto, que puedan existir situaciones en las que exista una discapacidad pero no sea necesario realizar ningún tipo de adaptación. Tal construcción normativa le ha otorgado el carácter de derecho reactivo<sup>55</sup>, cuya materialización no depende únicamente de la petición de la persona trabajadora<sup>56</sup>. Estos elementos propios de la obligación objeto de estudio dan como resultado una separación de la naturaleza colectiva y generalizada propia de las medidas de acción positiva, que se formulan con carácter general para la totalidad del colectivo<sup>57</sup>, y sin tener en cuenta las necesidades particulares de cada situación.

A esta primera circunstancia debe sumársele otra característica más, relativa a las consecuencias derivadas de su incumplimiento. El artículo 63 de la LGPCD preceptúa que existirá vulneración al derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando se produzca el incumplimiento, y pese a que no constata qué tipo de calificación merece tal conducta dentro de las distintas posibilidades<sup>58</sup>, establece que dicha consecuencia jurídica se aplicará respecto de las

<sup>54</sup> Vid. Waddington, L.; Bell, M., “Exploring the Boundaries...”, *op. cit.*, pág. 1518.

<sup>55</sup> Vid. Lawson, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pág. 77 y Bunbury, S., “The Employer’s Duty to Make Reasonable Adjustments. When is a Reasonable Adjustment, Not Reasonable?”, *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 10, 3, 2009, pág. 112-126.

<sup>56</sup> El fundamento de derecho cuarto de la STC 51/2021 de 15 de marzo, se hace eco de la importancia relativa al conocimiento de la discapacidad y cómo ello puede afectar a la exigencia de la obligación de realizar ajustes razonables, y absorbe un planteamiento, ciertamente interesante, contenido en los apartados 39 y 41 de las conclusiones de la Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017 en el asunto C-270/16, Ruiz Conejero. En particular, el Tribunal Constitucional señala: “*Sin embargo, hay que precisar que la obligación de realizar dichos ajustes no se limita únicamente a aquellos casos en que se soliciten expresa y formalmente por el afectado; alcanza también a los supuestos en que, aun cuando no se haya procedido a su petición formal por la persona que sufre discapacidad, quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento de dicha discapacidad*”.

<sup>57</sup> Vid. Waddington, L.; Bell, M., “Exploring the Boundaries...”, *op. cit.*, pág. 1518, que señalan: “*Unlike most forms of positive action that are aimed at members of socially or economically disadvantaged groups, reasonable accommodations generally possess an individualized character, and are framed in terms of an individual right*”. En este mismo sentido, véase también De Vos, M., *Beyond Formal Equality. Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, Comisión Europea, 2007, pág. 33, que señala: “*Reasonable accommodation equally differs from positive discrimination through its focus on the individual rather than the group*”.

<sup>58</sup> Concretamente, el legislador no clarifica ante qué categoría de discriminación (discriminación directa, indirecta o *sui generis*) nos encontramos cuando se produce el incumplimiento, cuestión esta no cerrada en la actualidad y que ha sido abordada por la doctrina en distintas ocasiones dado el impacto que puede tener respecto a la exigencia del término de comparación. Así, por ejemplo, Cordero Gordillo, V., *Igualdad y no discriminación...*, *op. cit.*, págs. 153-154 ha sostenido que nos encontramos ante un supuesto de discriminación indirecta en virtud del artículo 2.2.b.ii de la Dir. 2000/78/CE, tesis esta que coincide con Rodríguez-Sanz De

medidas de acción positiva y de la obligación de realizar ajustes razonables. Si bien la consecuencia legal es idéntica, a saber, la infracción del citado derecho, llama la atención en este punto que la norma separe explícitamente ambas categorías, y permite reafirmar la no inclusión de la citada obligación en el marco de las medidas de acción positiva. El encaje de dicha categorización con la CIDPD es pleno, ya que su artículo 2, encargado de plasmar distintas definiciones de interés, incluye precisamente una redacción similar, en la que reconoce que el incumplimiento de realizar ajustes razonables es una conducta que constituye discriminación por motivos de discapacidad<sup>59</sup>.

Por último, mención especial merece cómo se formulan las medidas de acción positiva y discriminatorias en clave europea, previsión esta que ya ha sido apuntada previamente por la doctrina<sup>60</sup>. La configuración de las medidas de acción positiva parte del artículo 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el que puede apreciarse la voluntariedad implícita en su instrumentación. En este sentido, esta categoría de actuaciones se formula como un recurso más al que pueden acudir los Estados Miembro<sup>61</sup>, pero, sobre todo, como una medida voluntaria para mejorar la implementación del principio de igualdad. Si examinamos la norma que contempla la obligación de realizar ajustes razonables, podemos observar que se halla incardinada en una Directiva, y por lo tanto, su implementación a nivel nacional no depende de la voluntad de los Estados Miembros, sino que se trata de una obligación.

Galdeano, B., “La obligación de realizar...”, *op. cit.*, pág. 97, que sostiene que: “[...] *Al referirse específicamente a la discriminación en el ámbito del empleo, vuelve a precisar los conceptos de discriminación directa e indirecta y vincula la realización de ajuste razonable al descubrimiento de una posible discriminación indirecta*”. En mi opinión, plasmada en Gutiérrez Colominas, D., *La obligación de realizar ajustes...*, *op. cit.*, pág. 257, la calificación del incumplimiento debería ser una forma de discriminación con entidad propia y diferenciada de la discriminación directa e indirecta (discriminación *sui generis*), toda vez que la existencia de una situación comparable es especialmente compleja, circunstancia que se suma a que tales categorías pretenden fomentar conductas que traten del mismo modo a personas con discapacidad y sin discapacidad, lógica esta que no casa con la finalidad de los ajustes razonables, cuyo objetivo es precisamente lograr un trato diferenciado que permita la prestación de servicios en el puesto de trabajo.

<sup>59</sup> El precepto en particular señala: “*Por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables; [...]*”.

<sup>60</sup> *Vid.* Waddington, L.; Bell, M., “Exploring the Boundaries...”, *op. cit.*, pág. 1518 *in fine*.

<sup>61</sup> *Vid.* Cruz Villalón, J., “Las medidas de acción positiva”, *op. cit.*, pág. 237, que señala, respecto a las medidas de acción positiva: “*Por el contrario, tales medidas se localizan esencialmente en iniciativas que provienen de los derechos nacionales de los Estados miembros*”.

## 3.2. La cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad

### 3.2.1 Configuración normativa

La cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad se encuentra regulada en el artículo 42 de la LGDPCD, si bien, a diferencia de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo, consta de desarrollo reglamentario, que se ha llevado a cabo a través de dos normas: 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, y la Orden de 24 de julio de 2000 por la que se regula el procedimiento administrativo referente a las 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, reguladas por el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero. Debe sumarse a tales normas el Criterio técnico 98/2016 sobre actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad (en adelante, Criterio técnico 98/2016), que actúa como guía interpretativa respecto a cuestiones no abordadas por la LGDPCD y el citado desarrollo reglamentario. Este mecanismo obliga a las empresas a contratar personas con discapacidad en un porcentaje igual o superior al 2 por 100 de su plantilla, siempre que cumplan determinados requisitos. En particular, esta obligación es exigible a aquellas empresas que ostenten un promedio de plantilla de cincuenta o más trabajadores, cifra esta que deberá determinarse en el marco temporal de 12 meses<sup>62</sup>. Sin embargo, el legislador habilitó la posibilidad de eximir su cumplimiento<sup>63</sup>, ya sea total o parcialmente, a través de distintos mecanismos<sup>64</sup>, que conllevan la necesidad de aplicar medidas alternativas<sup>65</sup>. Nos encontramos ante

<sup>62</sup> Véase el apartado II.2.2.4 del 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.

<sup>63</sup> Si bien en la regulación inicial, prevista en el Decreto 2531/1970 de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos se contemplaba esta posibilidad, la LISMI optó, con muy buen criterio, por eliminarla en el momento en el que entró en vigor. No obstante, la disposición adicional 39.1 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social recuperó la exención, manteniéndose prácticamente inalterada hasta la actualidad.

<sup>64</sup> Concretamente, el segundo párrafo del artículo 42.1 de la LGDPCD permite, de manera excepcional, la exención de la obligación 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 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral.

<sup>65</sup> La norma de referencia con relación a las medidas alternativas es 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, y se encarga de establecer cuándo debe

un mecanismo tradicional de fomento del empleo de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español<sup>66</sup>, que incluso ostenta una adaptación en el marco del empleo público<sup>67</sup>, y que conecta el número de personas con discapacidad con la plantilla de la empresa. Si bien la determinación y la cuantificación de la obligación son cuestiones relativamente resueltas por la norma, aunque no exentas de problemáticas<sup>68</sup>, la característica que difumina la efectividad de este mecanismo es, además de su falta de adaptación a las exigencias de la CIDPD<sup>69</sup>, la desconexión del ámbito subjetivo exigido por la norma (plantilla de 50 o más personas trabajadoras) con la dimensión media del tejido empresarial español, que se suma a la posibilidad, técnicamente excepcional como ya se ha indicado anteriormente<sup>70</sup>, de sustituir el cumplimiento de la obligación por medidas alternativas.

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.

<sup>66</sup> Para un estudio de la evolución histórica de la configuración de la cuota de reserva, véase Gutiérrez Colominas, D., “La regulación española de la cuota...”, *op. cit.*, págs. 47-53.

<sup>67</sup> Véase el artículo 59 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, que establece el denominado cupo de reserva, desarrollado reglamentariamente mediante el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.

<sup>68</sup> Así, por ejemplo, la existencia de decimales en el número resultante de aplicar el 2 por 100 es una cuestión que, si bien la LGDPCD no se encarga de resolver, ha sido clarificada por el apartado 4.1 del criterio técnico 98/2016, que indica que los decimales deben eliminarse, optando por el redondeo al entero por defecto, en virtud de una interpretación finalista de la norma.

En este punto conviene señalar que algunas Comunidades Autónomas han dictado criterios distintos al señalado anteriormente, entre las que se incluye, por ejemplo, Cataluña, que establece el redondeo al alza cuando la fracción sea igual o mayor que 0,5 *ex* artículo 3.3 del Decreto 86/2015, de 2 de junio, sobre la aplicación de la cuota de reserva del 2% a favor de personas con discapacidad en empresas de 50 o más personas trabajadoras y de las medidas alternativas de carácter excepcional a su cumplimiento. No obstante, el criterio técnico 98/2016 recuerda que las normas que regulan la cuota de reserva constituyen legislación laboral básica, y, en consecuencia, son competencia exclusiva del estado *ex* artículo 149.1.7º de la Constitución Española.

<sup>69</sup> Sobre esta cuestión, véase Gutiérrez Colominas, D., “La regulación española de la cuota...”, *op. cit.*, págs. 55-58.

<sup>70</sup> Si bien la excepcionalidad puede operar de forma total o parcial, se halla condicionada a la previa acreditación de excepcionalidad y la correspondiente autorización administrativa, lo cierto es que el silencio positivo contemplado por el artículo 1.3 último párrafo del 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 supone, en la práctica, la autorización de la gran mayoría de peticiones.

### 3.2.2. ¿Es la cuota de reserva de puestos de trabajo una verdadera medida de acción positiva?

Una vez examinadas las características propias de la cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad, conviene detenerse en su calificación, bien como medida de acción positiva bien como medida de lucha contra la discriminación. Y en este punto, nos encontramos ante una cuestión ciertamente compleja, que no ha escapado del debate internacional<sup>71</sup>, debido a las particularidades propias de la configuración de la cuota, y en el caso del escenario español, también como consecuencia de algunos cambios que introduce la LGDPCD y la reciente STC 51/2021, de 15 de marzo. En líneas generales, la cuota de reserva se ha calificado tradicionalmente como una medida de acción positiva, tanto por la doctrina científica<sup>72</sup>, como por el Tribunal Constitucional<sup>73</sup>.

Las razones que han conducido a ello se fundamentan, básicamente, en su conexión con el artículo 9.2 de la CE, descartándose así que el incumplimiento de la cuota se incardine en el marco del artículo 14 de la CE<sup>74</sup>, y, por lo tanto, apartándose de una posible consideración como medida antidiscriminatoria.

Esta tesis es ciertamente coherente con la construcción normativa europea y española de este mecanismo, pese a que los legisladores no se han pronunciado

<sup>71</sup> Vid. Organización Internacional del Trabajo, “Promoting Employment Opportunities for People with Disabilities. Quota Schemes. Vol. 1”, Oficina de publicaciones de la Organización Internacional del Trabajo, 2019, Ginebra, pág. 2.

<sup>72</sup> Vid. García-Perrote Escartín, I.; Badiola Sánchez, A. M., “La aplicación de las medidas de acción positiva en el ámbito de las relaciones laborales: Una síntesis de jurisprudencia”, en Salinas Molina, f. y Moliner Tamborero, G. (Dirs.), *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 117-120, que califica expresamente la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, señalando: “*El fenómeno de las cuotas, como medida de acción positiva, está presente en nuestro Derecho, precisamente como medida de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos*”. En este mismo sentido, véase también Pérez, J., *La discapacidad y el empleo en las administraciones públicas*, Colección Estudios de relaciones laborales, núm. 10, Diputación de Barcelona, Barcelona, 2017 pág. 10-11.

<sup>73</sup> La STC 269/1994 de 3 de octubre ha sido el pronunciamiento más relevante sobre esta materia, que tuvo la oportunidad de valorar la constitucionalidad de las cuotas de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad en el ámbito público (cupos de reserva) y clarificó la conflictividad existente entre el principio de mérito y capacidad (art. 103.3 de la CE) y el principio de igualdad en el acceso al empleo público (art. 23.2 de la CE). En esta sentencia, el Tribunal Constitucional sostiene que la discapacidad no es valorada como mérito, sino como un factor que dificulta la inserción laboral de este colectivo, y de esta manera, tanto el cupo de reserva como la cuota de reserva favorecen la materialización efectiva del principio de igualdad. Así, se califican ambas como medidas de acción positiva, justificándose esta tesis en la conexión de estos mecanismos con el artículo 9.2 de la CE y 49 de la CE (F.J. IV), y, en consecuencia, la imposibilidad de que su incumplimiento constituya una infracción del artículo 14 de la CE.

<sup>74</sup> La citada STC 269/1994 de 3 de octubre señaló expresamente (F.J. IV, *in fine*): “*Sintetizando lo hasta ahora dicho, es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo, aplicada por la Comunidad*

históricamente sobre su naturaleza<sup>75</sup>. A nivel europeo, su configuración no ha sido incluida en ninguna Directiva, ni tan siquiera en el marco de la Dir. 2000/78/CE, circunstancia esta que ha generado diferencias notables a nivel europeo en aquellos países que la han contemplado<sup>76</sup>. En el plano español, su incorporación y evolución experimentó distintas fases<sup>77</sup>, si bien se contempló en la LISMI. No obstante, la LISMI, por una razón de carácter temporal, no distinguió, a diferencia de la LIONDAU, entre medidas antidiscriminatorias y medidas de acción positiva, y, en consecuencia, la LISMI se encargó de definir los aspectos centrales de la cuota de reserva en su artículo 38, pero no incluyó disposición alguna a propósito de su naturaleza. Y, desafortunadamente, la LIONDAU, que definió las medidas antidiscriminatorias y de acción positiva (arts. 7, 8 y 9), no reflejó ni una configuración actualizada de la cuota de reserva, ni mención alguna a su naturaleza<sup>78</sup>.

*Autónoma de Canarias, no vulnera el art. 14 C.E., siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 C.E., en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 C.E.)”.*

<sup>75</sup> A diferencia de lo que ha sucedido con otros mecanismos, las distintas normas que han regulado la cuota de reserva no se pronuncian, ni tan siquiera en el preámbulo o la exposición de motivos como sucede por ejemplo en el caso del empleo con apoyo, a propósito de su naturaleza. Así, el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos; la LISMI; los acuerdos MTAS-CERMI (I y II), de 15 de octubre de 1997 y 2 de diciembre de 2002; el 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; el RD 364/2005; o la LGDPCD carecen de mención expresa sobre esta cuestión.

<sup>76</sup> Para un estudio en profundidad, en clave europea e internacional, véase Comisión Europea “international Perspectives on Positive Action Measures: A Comparative Analysis in the European Union, Canada, the United States and South Africa”, Oficina oficial de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2009; Waddington, L., “Reassessing the Employment of People with Disabilities in Europe: from Quotas to Anti-Discrimination laws”, *Comparative Labor Law Journal*, vol. 18, 1, 1996, págs. 62-70.

<sup>77</sup> *Vid.* Gutiérrez Colominas, D., “La regulación española de la cuota...”, *op. cit.*, págs. 47-53.

<sup>78</sup> En este punto, es de interés señalar que el silencio de la LIONDAU respecto a la cuota de reserva es lógico si tenemos en cuenta su pretensión, que, como señaló la exposición de motivos de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y distintos sectores de la doctrina (véase la cita 27 de este trabajo) fue la introducción del modelo social de tratamiento de la discapacidad en el ordenamiento jurídico español. En efecto, este paradigma apuesta por la normalización e integración sin diferencias basadas en la discapacidad, cuya materialización se lleva a cabo a través de la adaptación del entorno -de ahí la apuesta por la obligación genérica, no centrada en el empleo de realizar ajustes razonables y la accesibilidad-, y por lo tanto, diseña un escenario legal en el que las cuotas de reserva no son necesarias para garantizar la presencia de las personas con discapacidad.

Sin embargo, la irrupción de la LGDPCD, la existencia de carencias por parte de la doctrina constitucional<sup>79</sup>, y las nuevas posibilidades de aplicación de la Dir. 2000/78/CE a tenor de la STJUE de 26 de enero de 2021, VL, C-16/19, EU:C:2021:64, obligan, en mi opinión, a reconsiderar su naturaleza como posible medida de acción positiva. En este sentido, la LGDPCD formula una definición sobre el significado de medida de acción positiva en su artículo 2.g<sup>80</sup>, que es complementada por el artículo 67 y 68 de la LGDPCD. A primera vista, la finalidad de la cuota de reserva parece encajar con el contenido de los citados preceptos, toda vez que se encarga de favorecer la inserción laboral de las personas con discapacidad a través de una obligación empresarial de contratación, que permite *acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena*. Se suma, además, que, a diferencia de la obligación de realizar ajustes razonables, la cuota de reserva no se halla definida de manera separada a las medidas de acción positiva en el marco del citado artículo 2 de la LGDPCD, si bien, también es necesario señalar, no se halla expresamente mencionada en el citado artículo 2.g de la LGDPCD.

No obstante, la clasificación de la cuota de reserva como medida de acción positiva es, en mi opinión, discutible, ya no sólo por la falta de calificación expresa citada *ex* artículo 2 de la LGDPCD, sino porque el legislador restringe el alcance de las medidas de acción positiva mediante su concreción subjetiva. Para ello, el artículo 2.g de la LGDPCD señala que se tratan de medidas *de carácter específico*, enfocadas a la lucha contra las desventajas derivadas de la discapacidad, y el artículo 67 de la LGDPCD concreta el ámbito de aplicación efectivo del artículo 2.g de la LGDPCD. El artículo 67 de la LGDPCD define el ámbito subjetivo de las medidas de acción positiva, pues, como puede apreciarse, el artículo 2.g de la LGDPCD no delimita subjetivamente el ámbito de aplicación. En otras palabras, la LGDPCD diseña las medidas de acción positiva como mecanismos centrados en colectivos específicos que requieren una mayor protección dentro de la categoría “personas con discapacidad”, que son precisados *ex* artículo 67 de la LGDPCD, justificando así la consecuencia asociada a su incumplimiento (tipificación de su

<sup>79</sup> Vid. Giménez Glück, D., “Caracteres constitucionales de la acción positiva”, en Díaz Revorio, F. y Espín Templado, E. (Coords.), *La justicia constitucional en el estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 334, que apuntó las carencias de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto a las singularidades de las acciones positivas con relación al resto de tratos formalmente desiguales. En el caso de la discapacidad, el pronunciamiento judicial más relevante sobre medidas de acción positiva se dictó en 1994, a saber, STC 269/1994, de 3 de octubre.

<sup>80</sup> El texto normativo señala: “*Medidas de acción positiva: son aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad*”.



infracción como vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades *ex art. 63.1 in fine* de la LGDPCD). En este sentido, se concreta el ámbito de actuación respecto a aquellas personas *susceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación*, que no constituye la primera ocasión<sup>81</sup>, o *de un menor grado de igualdad de oportunidades*, identificando específicamente la inclusión de la discriminación múltiple en la primera expresión y las mujeres, niños y niñas, y personas con discapacidad que vivan habitualmente en el medio rural, en el caso de la segunda acepción. En este punto, la relación entre el artículo 2.g y los artículos 67 y 68 de la LGDPCD es clave para la calificación de la naturaleza de la cuota de reserva. En mi opinión, la formulación legal opta por establecer una relación de complementariedad o concreción, en la que el artículo 2.g de la LGPCD actúa como marco genérico que define el objetivo de las medidas de acción positiva, y conecta con el artículo 67 de la LGDPCD, que actúa como especificación subjetiva del ámbito de aplicación de las medidas de acción positiva. De hecho, el legislador utilizar el modo imperativo del verbo “adoptar” en el citado artículo 67.1 de la LGDPCD, y esta plasmación apunta a que la calificación de medida positiva exige una interpretación conectada del artículo 2 y 67 de la LGDPCD, y por lo tanto, centrada en superar o eliminar el mayor grado de discriminación, o el menor grado de igualdad de oportunidades de grupos específicos dentro del colectivo de personas con discapacidad. De esta manera, la LGDPCD integra una visión restrictiva de las medidas de acción positiva, reducida a aquellas personas que, dentro del colectivo, requieren una mayor atención, asumiendo así una caracterización excepcional de las mismas<sup>82</sup>. Por todo ello, la cuota de reserva no cumple con las exigencias del artículo 67 de la LGDPCD, pese a aproximarse a la conceptualización prevista en el artículo 2.g de la LGDPCD, y por lo tanto, no debe considerarse una medida de acción positiva. A sensu contrario, su calificación como medida de acción positiva exigiría que su ámbito subjetivo se centrara de forma concreta en un subgrupo de personas con discapacidad con especiales necesidades, como podría

<sup>81</sup> El Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo ya incluyó, en su preámbulo, esta definición de medida de acción positiva: “*Esta realidad exige la adopción de medidas específicas, que podrían considerarse de acción positiva dentro del grupo de las personas con discapacidad, ya que se trata de tratamientos más intensos y diferenciados para estimular la empleabilidad de estos grupos de trabajadores con discapacidad que tienen más dificultades de inserción laboral*”.

<sup>82</sup> Esta construcción legal es sensible a los problemas que han planteado las cuotas en otros ámbitos a nivel europeo, ofreciendo así una visión de las medidas de acción positiva como excepción, sólo aplicable a situaciones específicas, determinadas subjetivamente. Tal y como señaló Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2, 1995, pág. 8 (formato electrónico), “*No se rechaza el sistema, pero se ponen condiciones para su aceptabilidad*”.

ser, por ejemplo, las personas con discapacidad intelectual<sup>83</sup>, circunstancia esta que no acontece en el marco del artículo 42 de la LGDPCD ni en ninguno de los instrumentos que complementan la interpretación de esta institución.

En el marco de esta discusión sobre la naturaleza de la cuota de reserva se suma, además, el impacto que supone el artículo 63 de la LGDPCD, que ha pasado ciertamente inadvertido, tanto judicial como doctrinalmente. En efecto, esta disposición especifica qué situaciones dan lugar a vulneraciones del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, constatando específicamente *el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas*. Tal especificación choca frontalmente con la doctrina clásica del Tribunal Constitucional a propósito de la calificación de la cuota de reserva como medida de acción positiva<sup>84</sup>, y la cuestión ha alcanzado, en mi opinión, un grado de mayor importancia a la luz de la reciente STC 51/2021 de 15 de marzo. Dicha sentencia ofrece una apreciación de interés en el marco de la interpretación del artículo 63 de la LGDPCD, que, si bien se centra en la obligación de realizar ajustes razonables, puede tener trascendencia al resto de categorías mencionadas en el citado precepto. En efecto, *prima facie*, este pronunciamiento judicial anuda el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables a la infracción del artículo 14 de la CE, pero no conviene omitir que el fundamento normativo de esta tesis se apoya en el artículo 63 de la LGDPCD, que precisa qué conductas constituyen una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades. Y entre ellas, se incluye explícitamente *el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas*. Las consecuencias prácticas de este nuevo escenario son de una extraordinaria importancia, toda vez que la actual redacción del artículo 63 de la LGDPCD y la STC 51/2021 de 15 de marzo apuntan a que la infracción de las medidas de acción positiva constituyen una infracción del artículo 14 de la CE, y en consecuencia, habilitan a la petición de nulidad radical de la actuación empleadora e indemnizaciones destinadas a reparar las consecuencias derivadas de la acción u omisión *ex* artículo 182.b y d de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

En este sentido, si bien ya se han plasmado los argumentos que conducen a afirmar que la cuota de reserva no encaja, a la luz de la LGDPCD, como una medida de acción positiva (arts. 2 y 67 de la LGDPCD), el artículo 63 de la

<sup>83</sup> Sobre la importancia de instrumentar medidas destinadas a las personas con discapacidad intelectual, véase el penúltimo párrafo del F.J. IV de la STC 51/2021, de 15 de marzo. Desde un punto de vista doctrinal, véase Fernández Orrico, F. J. (Dir.), *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; Rueda Monroy, J.A., “Medidas de trato diferenciado en el empleo para personas con capacidad intelectual límite: análisis normativo y apuntes para la reflexión”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, vol. 463, 2021, págs. 99-103.

<sup>84</sup> Véase la STC 269/1994 de 3 de octubre.

LGDPCD ha supuesto una aportación significativa que introduce dos líneas de interpretación interesantes para los operadores jurídicos: a) la reformulación de la tesis sostenida en la STC 269/1994 de 3 de octubre, de tal manera que la infracción de la cuota de reserva implica en la actualidad una vulneración del artículo 14 de la CE *ex* artículo 63 de la LGDPCD y STC 51/2021 de 15 de marzo; b) descartar la consideración de la cuota de reserva como medida de acción positiva, y por lo tanto de la aplicación del artículo 63 LGDPCD, significando que su infracción no implicaría el menoscabo del artículo 14 de la CE, salvando la aplicación de la STC 51/2021 de 15 de marzo. Esta contribución apuesta por la segunda de ellas, ya que es la conceptualización que mejor conjuga una interpretación sistematizadora de los artículos 2.g, 63 y 67 de la LGDPCD, y dada la conveniencia de no asociar la infracción de la cuota de reserva con el artículo 14 de la CE. En mi opinión, el incumplimiento de la cuota de reserva ya se halla suficientemente penalizado, a través de su calificación como infracción grave para la empleadora, *ex* artículo 15.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS), que implica la imposición de multas que oscilan entre 751 y 7.500 euros (art. 40.1.b de la LISOS). Apostar por su calificación como medida de acción positiva implicaría que, de acontecer su incumplimiento, la empleadora debería hacer frente, además del pago de la sanción, a la posible petición judicial de la persona trabajadora encaminada a la reparación derivada de la infracción del artículo 14 de la CE (indemnización de daños y perjuicios). Este escenario, que es consecuencia del artículo 63 LGDPCD, resulta poco atractivo para fomentar su cumplimiento, y puede suponer un incremento de la petición de sustitución de la cuota por medidas alternativas.

En la actualidad, el legislador debería proceder a calificar de manera explícita la naturaleza de la cuota de reserva, acompañando, además, una especificación del artículo 63 de la LGDPCD, bien suprimiendo la expresión “*el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas*”, de manera coherente con la STC 269/1994, de 3 de octubre, o bien concretando su no aplicación en el marco de la cuota de reserva de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.

### 3.2.3. *La apuesta por su consideración como medida de igualación positiva*

Y es en este punto en el que se aprecia que la clasificación tradicional de la cuota de reserva como medida de acción positiva no encaja en el contexto normativo y judicial actual, ¿cuál sería la calificación de la cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad? En esta contribución se propone que la naturaleza de la cuota de reserva de puestos de trabajo de las personas con discapacidad se alinea con una categoría denominada medidas de

igualación positiva en el empleo<sup>85</sup>, que se incardinaría legalmente dentro de la expresión “medidas específicas”<sup>86</sup>, prevista en el 5.4 de la CIDPD y el artículo 7.2 de la Dir. 2000/78/CE. Si bien fue inicialmente identificada en el ámbito de la discriminación por razón de sexo en distintas ocasiones por la doctrina europea<sup>87</sup>, como consecuencia de las limitaciones que ha presentado el TJUE a la hora de utilizar las medidas de acción positiva<sup>88</sup>, esta categoría es aplicable a los mecanismos de empleo de las personas con discapacidad<sup>89</sup>, y, en mi opinión, *ex arts.* 5.4 de la CIDPD y 7.2 de la Dir. 2000/78/CE. En este punto, debe señalarse que la CIDPD y la Dir. 2000/78/CE optan, en el caso de la CIDPD por no utilizar la expresión “acción positiva”, y en ambos casos, por introducir una categoría, denominada “medidas específicas”, diferenciada de las medidas de acción positiva, en el contenido de sus artículos 5.4 y 7.2, respectivamente. Por lo tanto, admiten la existencia de categorías distintas, como la que se presenta en este apartado,

<sup>85</sup> Vid. Giménez Glück, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 58, que sostuvo la existencia de una categoría denominada “medidas de igualación positiva”, al amparo del artículo 92, que comparten el mismo propósito que las medidas de acción positiva, pero no gozan de dicha calificación como consecuencia de la ausencia de circunstancias históricas.

<sup>86</sup> Dentro de este grupo encontramos distintas intervenciones normativas que parten de una de las causas tradicionales de exclusión o marginación social como criterio para determinar el ámbito de aplicación, o identificarlo como requisito o efecto de la regla de referencia, tal y como ha señalado Cruz Villalón, J., “Las medidas de acción positiva”, *op cit.*, pág. 235.

<sup>87</sup> Véase especialmente las distintas contribuciones que ha escrito la profesora Fredman, y en particular, Fredman, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, y Fredman, S., “Breaking the Mold: Equality as a Proactive Duty”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, 1, 2012, págs. 265-288.

<sup>88</sup> Tal y como ha señalado Cruz Villalón, J., “Las medidas de acción positiva”, *op. cit.*, pág. 237, “[...] la cuestión prejudicial reiteradamente planteada suele consistir en preguntar al Tribunal en qué medida las medidas nacionales de acción positiva resultan compatibles con la exigencia del ordenamiento europeo de igualdad formal, de trato idéntico del conjunto de los trabajadores, en un principio, sobre todo, referente a la igualdad formal entre hombres y mujeres; [...]”. Para una muestra de las STJUE’s más relevantes, véase las citas 15, 16 y 17 de este trabajo.

<sup>89</sup> Vid. Giménez Glück, D., “Caracteres constitucionales de la acción positiva”, *op. cit.*, pág. 335-337, que deslinda las medidas de acción positiva de las medidas de igualación positiva, señalando que “[...] mientras que las medidas de igualación positiva tienen como finalidad la igualdad material entre los individuos, la acción positiva busca acabar con la desigualdad material de unos determinados colectivos, [...]”. Para ello, este autor parte de la dicción del artículo 9.2 de la CE, que constata las palabras “individuo” y “grupos”, e identifica expresamente su aplicación en el ámbito de la discapacidad, dado que “esta distinción no aparece en nuestra jurisprudencia constitucional con esta nitidez, como demuestra la STC 269/1994 (caso cuotas de discapacitados en Administración canaria), donde el tribunal confunde una acción positiva con una medida de igualación positiva” (pág. 337 *in fine*).

que, si bien persiguen objetivos similares<sup>90</sup>, pueden presentar características y consecuencias jurídicas particulares. La distinción entre medidas de acción positiva, que incluso admite subcategorías<sup>91</sup>, y medidas específicas, es en mi opinión, necesaria, dada la conveniente y necesaria homogeneización de la caracterización de las medidas de acción positiva en los distintos ámbitos de protección<sup>92</sup>, y las nuevas posibilidades de aplicación de la Dir. 2000/78/CE que abrió la STJUE de 26 de enero de 2021, VL, C-16/19, EU:C:2021:64<sup>93</sup>. En efecto, esta última sentencia añade una capa de profundidad extra en la aplicación de la Dir. 2000/78/CE (grupos particulares que comparten una o varias de las características protegidas *ex art. 1*), y puede propiciar que en un futuro, el TJUE decida ofrecer una interpretación única relativa a la aplicación de preferencias, obligaciones y exclusiones basadas en las características protegidas por las distintas Directivas<sup>94</sup>. Este escenario hipotético podría suceder por la vía de una cuestión prejudicial nacional relacionada no tanto

<sup>90</sup> Véase el contenido del artículo 5.5 de la CIDPD: “[...] *acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad*”, o el del artículo 7.2 de la Dir. 2000/78/CE: “[...] *crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral*”.

<sup>91</sup> Vid. Martín Vida, M.N., *Fundamento y límites constitucionales...*, *op. cit.*, pág. 42-43, que identifica las medidas de concienciación, la recogida y actualización de datos para conocer el nivel de respeto a la igualdad de oportunidades, la implantación de acciones de sensibilización, la formación de agentes de igualdad de oportunidades, entre otras; y Álvarez Del Cuvillo, A., “Elementos para una valoración...”, *op. cit.*, pág. 11, que señala las medidas de aproximación a grupos específicos, o consideración de la adscripción en la definición y configuración del “mérito”, por citar algunas de las enumeradas.

<sup>92</sup> Vid. Waddington, L.; Bell, M., “Exploring the Boundaries...”, *op. cit.*, pág. 1508, que señala, con relación a la cuota de reserva: “[...] *is an example of automatic and unconditional preferential treatment [...], even though this would not be treated as lawful positive action for the purposes of gender equality legislation. This indicates that the legal boundaries of permissible positive action may not be consistent across all grounds*”.

<sup>93</sup> En efecto, esta sentencia sostiene que la protección que ofrece la Dir. 2000/78/CE puede aplicarse a efectos de proteger a grupos diferenciados o subgrupos que comparten la misma característica (por ejemplo, personas con discapacidad auditiva respecto a personas con discapacidad física en el marco de la misma empresa). Se ofrece, pues, una nueva dimensión de protección, que flexibiliza el examen y requisitos de los términos de comparación en situaciones de análisis de conductas discriminatorias. Y este hecho es particularmente interesante en el enjuiciamiento de nuevas tipologías de discriminación, como la discriminación múltiple, toda vez que permite la comparación en el seno de una o varias de las circunstancias protegidas frente al trato discriminatorio.

<sup>94</sup> Véase, por ejemplo, la STJUE de 1 de marzo de 2011, Test-Achats, C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100, cuyo párrafo 32 señaló: “*Dicho precepto, que permite a los Estados miembros afectados mantener de modo ilimitado en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, es contrario a la consecución del objetivo de igualdad de*

respecto a la identidad de las capacidades, sino con la proporcionalidad de las cuotas de reserva exigidas únicamente a personas con discapacidad que ostenten el reconocimiento administrativo, excluyendo así a aquellas que no han solicitado el certificado de reconocimiento pero presentan patologías de larga duración que limitan la integración laboral, técnicamente fundamentada en la compatibilidad de una medida obligatoria de contratación no definida temporalmente con el principio de igualdad *ex* artículo 7.2 de la Dir. 2000/78/CE<sup>95</sup>. Es de interés señalar, pues, que la construcción de la LGDPCD (arts. 2.g y 67), aunque pueda desencajar conceptualmente con la caracterización clásica de las medidas de acción positiva, parece, en mi opinión, apuntar a una visión más restrictiva acorde con los criterios del TJUE.

En otro orden de cosas, las medidas de igualación positiva ofrecen una respuesta jurídica que logra sortear las implicaciones del artículo 63 de la LGDPCD, especialmente tras la STC 51/2021 de 15 de marzo, y que se adapta a la naturaleza propia de esta medida. En efecto, las medidas de igualación positiva son mecanismos alternativos y complementarios para lograr la materialización efectiva del principio de igualdad. Para ello, parten de la falta de igualdad de oportunidades en las principales estructuras e instituciones sociales<sup>96</sup>, y de la ineficacia de trasladar el cumplimiento de la medida a las personas beneficiarias, que las sitúa en una posición especialmente compleja y desincentivadora respecto a su empleadora. Así, las medidas de igualación positiva, a diferencia de las medidas de acción positiva, ostentan un alcance genérico a todo el colectivo protegido<sup>97</sup>,

*trato entre mujeres y hombres marcado por la Directiva 2004/113 y resulta incompatible con los artículos 21 y 23 de la Carta*".

Sobre la posibilidad de que esta armonización judicial pueda suceder, véase Mcharg, A.; Nicolson, D., "Justifying Affirmative Action: Perception and Reality", *Journal of Law and Society*, vol. 33, 1, 2006, pág. 14, tal y como señalan Waddington, L.; Bell, M., "Exploring the Boundaries...", *op. cit.*, pág. 1510-1511 en la cita 32.

En otros términos, véase Cruz Villalón, J., "Las medidas de acción positiva", *op. cit.*, pág. 241-242 y 247, que sostiene que ya se ha producido una expresa compatibilidad entre igualdad formal y prohibición de discriminación, trasladada al ámbito de la discapacidad al amparo del artículo 7.2 de la Dir. 2000/78/CE.

<sup>95</sup> A sensu contrario sobre esta tesis, véase Waddington, L.; Bell, M., "Exploring the Boundaries...", *op. cit.*, pág. 1514, que defienden que por el momento ningún Estado Miembro ni la Comisión Europea ha considerado que la regulación nacional de las cuotas de reserva incumple el artículo 7 de la Dir. 2000/78/CE. En este mismo sentido, véase también Cruz Villalón, J., "Las medidas de acción positiva", *op. cit.*, pág. 247 que señala que "[...] no cabría trasladar con automaticidad lo dicho por el Tribunal europeo respecto de trato diferenciado por sexo a otras causas", pues ello supondría "[...] considerar como contrarias al Derecho europeo las muy extendidas y consolidadas reglas que imponen cuotas respecto de los trabajadores discapacitados en la generalidad de las legislaciones laborales de los Estados miembros".

<sup>96</sup> *Vid.* Fredman, S., "Breaking the Mold", *op. cit.*, pág. 266.

<sup>97</sup> Cfr. con el artículo 67.1 de la LGDPCD.

y proponen que el control del cumplimiento de la medida se traslade a un órgano administrativo externo<sup>98</sup>, que asume la iniciativa en el control del cumplimiento y la imposición de sanciones en caso de infracciones, sin necesidad de intervención de la persona trabajadora. Ello implica, pues, que las consecuencias derivadas del incumplimiento de las medidas de igualdad positiva sean impuestas y ejecutadas por el órgano que se encarga de controlarlas. Nos encontramos, pues, ante una categoría ciertamente novedosa, que rompe con la visión clásica de centrar la atención en el sujeto que incumple el mecanismo o institución y que confía en una reacción jurídica de la persona damnificada para asegurar la materialización efectiva del principio de igualdad, trasladando así el foco a la actuación del organismo o poder público encargado de controlar su cumplimiento y la imposición de sanciones. Así, las medidas de igualdad positiva ostentan un carácter preventivo y facilitan la integración de colectivos infrarrepresentados<sup>99</sup>, eliminando estigmas sociales e institucionales no atribuibles a ningún sujeto en particular. Esta categoría ha sido especialmente exitosa en distintos países<sup>100</sup>, ya que libera a las personas trabajadoras de la carga económica, emocional y procesal de reclamar los incumplimientos de este tipo de mecanismos frente a la empleadora, produciendo así un cambio generalizado o sistémico en el tejido empresarial y garantizando el derecho a la igualdad a todas las personas<sup>101</sup>, y no sólo a aquellas que se deciden a reclamar frente a incumplimientos.

Llegados a este punto, ¿qué características presenta la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad para ser calificada como una medida de igualdad positiva de fomento del empleo? En mi opinión, las dos circunstancias principales más relevantes pivotan sobre quién controla y cómo se exige su cumplimiento, que han sido elementos capitales en la construcción de

<sup>98</sup> Vid. Fredman, S., “Breaking the Mold”, *op. cit.*, pág. 266, que señala: “*Rather than deriving from an individual right of a victim or group of victims against specified perpetrators, proactive models place responsibility on bodies which are in a position to bring about change, whether or not they have actually caused the problem*”.

<sup>99</sup> Vid. Fredman, S., *Discrimination Law*, *op. cit.*, pág. 299.

<sup>100</sup> Así, por ejemplo, Irlanda del Norte ha sido pionera en la implementación de esta categoría en materia de integración de personas trabajadoras de religión protestante y católica, exigiendo la revisión periódica de la composición de las plantillas, al amparo de la Sección 55 de la Fair Employment and Treatment Order (FETO), 1998, que puede consultarse en: <https://www.legislation.gov.uk/nisi/1998/3162/article/55/made>. Se suma a esta tendencia Canadá, que, como señala *Ibid.* pág. 301, ha implementado en seis provincias medidas proactivas de cumplimiento por las empresas para lograr la igualdad salarial entre mujeres y hombres.

<sup>101</sup> *Ibid.*, pág. 299, que señala: “*Secondly, change is systematic, instead of consisting in reactions to ad hoc claims brought by individuals [...] This means that the right to equality is available to all, not just those who complain.*”.

las medidas de igualación positiva<sup>102</sup>. El esquema legal de la citada medida en el ordenamiento jurídico español parte de la configuración como obligación, que lleva aparejada, en caso de incumplimiento, la imposición de una sanción pecuniaria al amparo del artículo 15.3 de la LISOS. Esta penalización se materializa a través de un proceso sancionador, llevado a cabo mediante actuaciones comprobatorias inspectoras por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. En este punto es necesario señalar que, si bien en términos generales el procedimiento sancionador funciona a través de un sistema de denuncias que formalizan las personas ciudadanas, el control del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad ha sido especialmente intenso por iniciativa propia de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social como consecuencia de la incorporación como objetivo prioritario en los Planes Territoriales de Inspección, a través de campañas específicas<sup>103</sup>. Nos encontramos, pues, ante un control administrativo, llevado a cabo por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, que omite la judicialización *ad hoc* del incumplimiento, y por lo tanto las principales desventajas de los procesos judiciales<sup>104</sup>. Asimismo, el incumplimiento de la cuota de reserva se halla específicamente sancionado por la LISOS, tal y como ya se ha mencionado anteriormente, con cifras que son especialmente elevadas (751 a 7.500 euros *ex art.* 40.1.b de la LISOS), y en consecuencia, cuenta con mecanismos sancionadores que refuerzan su exigencia, y que, en mi opinión, justifican la separación de su infracción respecto del artículo 14 de la CE<sup>105</sup>. Por último, se suma, además, la alineación temática de la cuota de reserva a la finalidad de las medidas de igualación positiva, centradas en ofrecer una respuesta institucional general para todo el colectivo, que actúa con la finalidad de eliminar un estigma sistémico asociado a la discapacidad. De esta manera, la contratación obligatoria de personas con discapacidad se asegura de ofrecer la presencia de este colectivo, asumiendo así una lucha estructural frente a las desigualdades que ha generado la discapacidad, y contribuye a materializar el principio de igualdad,

<sup>102</sup> *Vid.* Fredman, s., *Making Equality Effective: The role of proactive measures*, Comisión Europea, Bruselas, 2009, págs. 5-8.

<sup>103</sup> Véase el tercer párrafo de la primera página del Criterio técnico 98/2016.

<sup>104</sup> Concretamente, elimina la necesidad de que la persona trabajadora deba asumir la carga procesal y económica de probar el incumplimiento.

<sup>105</sup> El actual escenario legal (art. 63 de la LGDPCD) y judicial (STC 51/2021, de 15 de marzo) conducen a que la infracción de las medidas de acción positiva constituya el menoscabo del artículo 14 de la CE, y por lo tanto, calificar la cuota de reserva de puestos de trabajo como medida de acción positiva implica, además de la sanción al amparo de la LISOS, la posibilidad de solicitar una indemnización reparadora del citado derecho fundamental. Este planteamiento, que podría llegar a penalizar doblemente a las empresas por el incumplimiento de la cuota, podría producir un efecto perverso, a saber, el incremento de las ya de por sí utilizadas medidas alternativas, y reducir *por ende* el cumplimiento efectivo de la obligación de contratar.



independientemente de que existan o hayan existido conductas empresariales diferenciadoras por razón de discapacidad.

### 3.3. El empleo con apoyo

#### 3.3.1. Configuración normativa

La última de las medidas de inserción laboral en el empleo ordinario que contempla el legislador en el marco de la LGDPCD es el denominado empleo con apoyo. Definido en el artículo 41 de la LGDPCD como el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, dirigidas a personas trabajadoras con discapacidad con especial dificultades de inclusión laboral, su regulación se halla concretada en el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo (en adelante, RD 870/2007). Se trata de una fórmula especialmente reciente, que no consta de precedentes anteriores al desarrollo reglamentario en nuestro ordenamiento jurídico, como consecuencia de la construcción dualista plasmada en el texto de la hoy derogada LISMI<sup>106</sup>.

La finalidad del empleo con apoyo no es otra que facilitar la adaptación de personas con discapacidad con especiales dificultades, de tal manera que se pretende lograr la prestación de servicios en condiciones similares al resto de personas trabajadoras, y para ello, este mecanismo consiste en un acompañamiento individualizado y acciones de orientación, entre otras<sup>107</sup>, por parte de personas preparadoras laborales especializadas (art. 2.1 del RD 870/2007). Para ello, será

<sup>106</sup>El artículo 41 de la LISMI derivaba al empleo protegido a aquellas personas con discapacidad *que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales*, y pese a que existía una clara preferencia del legislador por incorporar a este colectivo en el empleo ordinario *ex art. 37 de la LISMI*, la realidad era que no se contemplaban mecanismos de apoyo o soporte para fomentar el empleo ordinario de personas con discapacidad. Significativo es, en este punto, que el inicio del preámbulo del RD 270/2007 pivote sobre el artículo 37.1 LISMI, y no mencione ninguno de los preceptos de la LISMI destinados a lograr la integración laboral de las personas con discapacidad.

<sup>107</sup>El artículo 2.2 del RD 870/2007 precisa hasta un total de 6 tipologías de acción, que incluye la orientación, asesoramiento y acompañamiento a la persona con discapacidad, elaborando para cada trabajador un programa de adaptación al puesto de trabajo; labores de acercamiento y mutua ayuda entre el trabajador beneficiario del programa de empleo con apoyo, el empleador y el personal de la empresa que comparta tareas con el trabajador con discapacidad; apoyo al trabajador en el desarrollo de habilidades sociales y comunitarias, de modo que pueda relacionarse con el entorno laboral en las mejores condiciones; adiestramiento específico del trabajador con discapacidad en las tareas inherentes al puesto de trabajo; seguimiento del trabajador y evaluación

necesario que la empresa proceda a la contratación de la persona trabajadora elegible mediante un contrato indefinido o de duración determinada (mínimo 6 meses), y en ningún caso la jornada puede ser inferior al 50 por 100 de una persona trabajadora a tiempo completo comparable. No obstante, para que la persona trabajadora pueda beneficiarse de este tipo de medidas será necesario cumplir diversos requisitos subjetivos. Se hallan en el artículo 3 y en la disposición adicional primera del RD 870/2007, exigiendo que, además de tratarse de personas con discapacidad inscritas como demandantes de empleo en los Servicios Públicos de Empleo, se incluyan dentro de los tipos de discapacidad previstos en los citados preceptos<sup>108</sup>. Paralelamente, el citado desarrollo reglamentario también establece condiciones a propósito de las personas preparadoras, que actuarán como acompañantes de las personas trabajadoras. Concretamente, el artículo 7.1 del RD 870/2007 señala que será necesario acreditar, además de estar en posesión de una titulación mínima de formación profesional de grado medio o equivalente, una experiencia profesional previa de al menos un año en actividades de integración laboral de personas con discapacidad. En este sentido, la norma incluso precisa el tiempo de atención a cada persona trabajadora, condicionado al tipo de discapacidad<sup>109</sup>. Como puede observarse, el empleo con apoyo se diseña como una pasarela hacia el medio ordinario de trabajo, fomentando la incorporación de personas con discapacidad con especiales dificultades de inserción que se hallen desempleadas. En consecuencia, se trata de un mecanismo de inserción al medio ordinario de trabajo, así como al empleo protegido, cuyo seguimiento y evaluación corresponde a los Servicios Públicos de empleo<sup>110</sup>, y que exige que la persona ostente especiales dificultades

del proceso de inserción en el puesto de trabajo o el asesoramiento e información a la empresa sobre las necesidades y procesos de adaptación del puesto de trabajo.

<sup>108</sup> Concretamente, la norma reglamentaria se refiere a un primer grupo con una discapacidad de carácter mental o intelectual, a saber, *personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%*, y un segundo grupo de personas con un porcentaje de discapacidad igual o superior al 65 %, reconocido administrativamente. La citada disposición adicional añade, además, a personas con sordera y con discapacidad auditiva, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por ciento.

<sup>109</sup> El artículo 7.2 del RD 870/2007 señala tres escenarios, asignando un tercio, un quinto o un octavo, en función de si se trata de personas trabajadores con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 %, igual o superior al 33 % e inferior al 65 %, o con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 %, respectivamente. Precisa, por último, que cuando un mismo preparador laboral preste atención a más de un trabajador con discapacidad, el tiempo de atención conjunto será la suma de los tiempos de atención de cada uno de dichos trabajadores.

<sup>110</sup> Véase la disposición adicional quinta del RD 270/2007.

de inserción, definidas en el marco del artículo 3.1 del RD 270/2007, y que, dicho sea de paso, no coincide con los términos de la LGDPCD<sup>111</sup>.

### 3.3.2. *El empleo con apoyo como paradigma de medida de acción positiva*

Llegados a este punto, la cuestión central de este apartado consiste en determinar la naturaleza de los servicios de empleo con apoyo. A diferencia de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, la clasificación de los servicios de empleo con apoyo presenta menos dificultades, gracias al concreto desarrollo reglamentario del que goza esta materia. En mi opinión, la configuración legal de este mecanismo encaja perfectamente con la definición de medida de acción positiva incardinada en el artículo 67.1 LGDPCD, excluyéndose de ser considerado como una medida contra la discriminación. La no inclusión en la Directiva 2000/78/CE permite intuir que nos encontramos ante dicha categoría, pues se trata de una medida que proviene de la propia iniciativa española. Sin embargo, de forma idéntica a las dos medidas examinadas en este artículo, la LGDPCD no se encarga de identificar la naturaleza del empleo con apoyo, si bien fue, tras el desarrollo reglamentario contemplado en el RD 270/2007 que se encarga de apuntar tímidamente el carácter de medida de acción positiva<sup>112</sup>, la primera norma del ordenamiento jurídico en reconocerlo como una modalidad de ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad en el medio ordinario *ex* artículo 37.2 de la LGDPCD. Los argumentos que conducen a la preceptuada clasificación parten del ámbito subjetivo del empleo con apoyo y su contenido, definidos en los artículos 3.1 y 2.2 del RD 270/2007, respectivamente, que casan perfectamente con el contenido de los artículos 67 y 68 de la LGDPCD. En efecto, la definición de medida de acción positiva (art. 67 LGDPCD) focaliza su atención en personas con discapacidad que se hallen más expuestas a situaciones de discriminación o que presenten dificultades para lograr una igualdad de oportunidades plena, y en este punto, la previsión del artículo 3.1 del RD 270/2007 es plenamente coincidente

<sup>111</sup> Una lectura en profundidad del artículo 3.1 del RD 270/2007 en relación con el artículo 1 de la CIDPD y 4 de la LGDPCD pone de relieve la falta de sensibilidad del legislador al modelo social de tratamiento de la discapacidad. En efecto, el concepto de persona con discapacidad con especiales dificultades de inserción previsto en el artículo 3.1 del RD 270/2007 exige, en cualquiera de sus dos acepciones, el reconocimiento del grado de discapacidad por un órgano administrativo, y, por lo tanto, tributario del modelo de tratamiento médico de la discapacidad.

<sup>112</sup> El párrafo segundo y tercero de la exposición de motivos del RD 270/2007 señala: “*Esta realidad exige la adopción de medidas específicas, que podrían considerarse de acción positiva dentro del grupo de las personas con discapacidad, ya que se trata de tratamientos más intensos y diferenciados para estimular la empleabilidad de estos grupos de trabajadores con discapacidad que tienen más dificultades de inserción laboral. Una de las medidas que puede favorecer de modo más importante la inserción de las personas con discapacidad severa en el mercado de trabajo ordinario es el empleo con apoyo*”.

con el objetivo de protección. Tal y como ya se ha señalado anteriormente, el artículo 3.1 del RD 270/2007 delimita la aplicación del empleo con apoyo a grupos determinados que reúnen unas ciertas características dentro del colectivo de personas con discapacidad. El mero examen de las circunstancias contempladas en el citado precepto, que apunta a personas cuya discapacidad pueda tener un especial impacto en el acceso y mantenimiento del empleo, permite señalar el pleno encaje con la finalidad prevista para las medidas de acción positiva. A este primer argumento se suma que la materialización del empleo con apoyo (art. 2.2 del RD 270/2007) es compatible con la configuración prevista en el artículo 68 de la LGDPCD. La caracterización de las medidas de acción positiva se define legalmente como apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables (art. 68 de la LGDPCD), y en este punto, las distintas actuaciones previstas en el art. 2.2 del RD 270/2007, que tienen carácter de mínimos, tienen pleno encaje en las distintas categorías del ya citado art. 68 LGDPCD.

Por último, conviene añadir una breve observación sobre el descarte del empleo con apoyo respecto a la categoría de medida antidiscriminatoria. Esta categoría, definida en el artículo 65 LGDPCD, requiere que las medidas *tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorable que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable, por motivo de o por razón de discapacidad*. Como ya se ha detallado, el empleo con apoyo persigue ofrecer una integración laboral en el medio ordinario que mitigue las dificultades propias de acceso y mantenimiento al mercado de trabajo, y por lo tanto, no tiene una finalidad compensadora o preventiva destinada a evitar un trato peyorativo por razón de discapacidad. Se centra, pues, en materializar la prestación de servicios en el medio ordinario, ofreciendo para ello distintas facilidades o adaptaciones, que no deben ser confundidas con la obligación de realizar ajustes razonables<sup>113</sup>, que ofrecen acompañamiento, soporte y apoyo de tipología diversa, con la finalidad de estimular la empleabilidad de las personas con discapacidad que reúnen una serie de particularidades.

<sup>113</sup>El empleo con apoyo ostenta un ámbito subjetivo más reducido, que no incluye, a diferencia de la obligación de realizar ajustes razonables, a cualquier persona con discapacidad sino a aquellas personas que cumplen los requisitos del artículo 3.1 del RD 870/2007. Se suma, además, la exigencia de que sean trabajadores inscritos en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupados o trabajadores con discapacidad contratados por centros especiales de empleo, al amparo del artículo 3.1 del RD 870/2007. Otra diferencia sustancial entre ambos mecanismos la encontramos en la necesaria incorporación o compromiso de contratar en plantilla a preparadores laborales especializados, que cumplan los requisitos exigidos en el artículo

#### 4. CONCLUSIONES

La protección frente a la discapacidad como circunstancia diferenciadora ha experimentado cambios en el escenario internacional y europeo que obligan a redefinir la materialización del principio de igualdad y no discriminación en este ámbito. En este sentido, los principales detonantes que han forzado este cambio han sido tres: a) la jurisprudencia de los últimos años del TJUE, que ha implementado judicialmente el modelo social de tratamiento de la discapacidad a través de la progresiva expansión del concepto de persona con discapacidad; b) el papel que, a consecuencia de la STC 51/2021, de 15 de marzo, ha asumido el Tribunal Constitucional, que ha interpretado por primera vez las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables y la trascendencia del artículo 63 de la LGDPCD; y, c) las novedades que la LGDPCD introdujo y que, hasta el momento, han pasado ciertamente desapercibidas en el terreno jurídico, como consecuencia de la ausencia de pronunciamientos judiciales de los tribunales sobre la configuración y caracterización de las distintas medidas establecidas en los artículos 40 a 42 de la LGDPCD.

En la actualidad, es especialmente aconsejable reabrir el debate a propósito de la definición conceptual de las categorías en las que se incardinan las medidas de fomento y mantenimiento del empleo previstas en la LGDPCD, pues la doctrina constitucional sólo ha examinado la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en la STC 269/1994, de 3 de octubre. Y en este sentido, si bien el Tribunal Constitucional concretó en aquella ocasión que nos encontramos ante una medida de acción positiva incardinada en el artículo 9.2 de la CE, la definición actual de este tipo de mecanismos en la LGDPCD obliga a replantear dicha calificación. No obstante, la importancia del debate es clave en supuestos de incumplimiento, pues, a tenor del artículo 63 de la LGDPCD, la calificación como medida antidiscriminatoria o medida de acción positiva conduce a la infracción del derecho a la igualdad de oportunidades, asociado al artículo 14 CE *ex* STC 51/2021, de 15 de marzo, y en consecuencia, a la posibilidad de ejercer cualquiera de las pretensiones previstas en el artículo 182.1 de la LRJS, entre las que se encuentra la petición de una indemnización de daños y perjuicios o la declaración de nulidad de la actuación de la empleadora.

Entrando a valor específicamente la naturaleza de los distintos mecanismos, la calificación que encaja mejor con la obligación de realizar ajustes razonables es la de medida antidiscriminatoria, circunstancia esta que contribuye tanto a disuadir respecto a su incumplimiento como a potenciar su ejecución. Si bien la LGDPCD, así como la Dir. 2000/78/CE, no la clasifican expresamente como tal, la STC 51/2021 se ha encargado de sostener que su incumplimiento es una infracción del derecho

7 del RD 870/2007, y, además, que el empleador disponga de los recursos materiales necesarios que garanticen un desarrollo idóneo del programa de empleo con apoyo.

a la igualdad de oportunidades, y constituye una vulneración del artículo 14 de la CE. Desde una perspectiva histórica, la LIONDAU, precedente normativo de la LGDPCD y punto de referencia por la novedosa aproximación al modelo social que supuso, integró en su art. 7 las exigencias de accesibilidad y de eliminación de obstáculos dentro de la construcción de las medidas antidiscriminatorias. A esta circunstancia se suma que la LGDPCD diferencia la definición (arts. 2.g, 2.m, 66 de la LGDPCD) y el incumplimiento de los ajustes razonables respecto a las medidas de acción positiva (art. 63.1 de la LGDPCD), ambos extremos tributarios con el planteamiento normativo de la CIDPD (apartados 23 y 25.c de la Observación general núm. 6). Paralelamente, la propia ejecución de este deber empresarial, que tiene una naturaleza casuística e individualizada, y su inclusión en una Directiva (Dir. 2000/78/CE), y por lo tanto, cuya implementación a nivel nacional es obligatoria, apuntan a reafirmar su carácter de medida antidiscriminatoria.

En segundo lugar, la cuota de reserva de puestos de trabajo presenta características que permiten calificarla no como una medida de acción positiva, sino como una medida de igualación positiva que se incardinaría legalmente dentro de la expresión “medidas específicas”, prevista en el 5.4 de la CIDPD y el artículo 7.2 de la Dir. 2000/78/CE. Pese a su tradicional caracterización como medida de acción positiva, consecuencia de la STC 269/1994, de 3 de octubre, los artículos 63, 67, 68 de la LGDPCD y la STC 51/2021 de 15 de marzo obligan a replantear su calificación, pues su consideración en la actualidad como medida de acción positiva implicaría que el incumplimiento de la cuota se incardinase en el marco del artículo 14 CE al amparo del artículo 63.1 LGDPCD. El argumento principal que descarta su naturaleza como medida de acción positiva, pese a aproximarse a la conceptualización prevista en el artículo 2.g de la LGDPCD, se basa en el ámbito subjetivo de las mismas al amparo del art. 67 de la LGDPCD. Este señala la necesidad de que las medidas de acción positiva se dirijan a grupos específicos con mayores necesidades de protección dentro del colectivo de personas con discapacidad, posibilidad esta recientemente confirmada por el TJUE en la STJUE de 26 de enero de 2021, VL, C-16/19, EU:C:2021:64. La exclusión de este mecanismo como medida de acción positiva parte también de ofrecer una interpretación razonable del artículo 63 de la LGDPCD, en el sentido de evitar que, además de la sanción empresarial que puede ser impuesta por su incumplimiento *ex* 15.2 de la LISOS, deba hacerse frente a la posible petición judicial de la persona trabajadora encaminada a la reparación derivada de la infracción del artículo 14 C.E (indemnización de daños y perjuicios). Y en este punto, la categoría que mejor encaja son las denominadas medidas de igualación positiva en el empleo, no sólo porque ofrecen una respuesta institucional general para todo el colectivo que actúa con la finalidad de eliminar un estigma sistémico asociado a la discapacidad, sino porque permite sortear las implicaciones derivadas del artículo 63 de la LGDPCD, todo ello como consecuencia de dos circunstancias claves en la dinámica de la cuota de reserva: a) el control de su cumplimiento, que recae en la Inspección

de Trabajo y de la Seguridad Social; y b) la posibilidad de imponer sanciones en situaciones de incumplimiento.

En último lugar, el empleo con apoyo constituye el paradigma de medida de acción positiva a tenor de la LGDPCD. En efecto, el encaje de este mecanismo con los artículos 67.1 y 68 de la LGDPCD es pleno, ya no sólo por la ausencia de referencias en la Dir. 2000/78/CE, sino por las circunstancias subjetivas exigidas y su contenido. El foco de atención del empleo con apoyo se diseña para grupos determinados que reúnen unas ciertas características dentro del colectivo de personas con discapacidad (art. 3.1 del RD 270/2007), y ello es plenamente coincidente con la estructura del art. 67 LGDPCD, que focaliza su atención en personas con discapacidad que se hallen más expuestas a situaciones de discriminación o que presenten dificultades para lograr una igualdad de oportunidades plena. Se suma, además, que las distintas actuaciones previstas en el art. 2.2 del RD 270/2007, que tienen carácter de mínimo, se plasman como apoyos complementarios para favorecer la integración en el medio ordinario, y casan perfectamente con la finalidad de las medidas de acción positiva, prevista en el art. 68 de la LGDPCD. Esta circunstancia justifica, a su vez, el descarte respecto a su consideración como medida antidiscriminatoria, toda vez que, como puede observarse, el empleo con apoyo no tiene una finalidad compensadora o preventiva destinada a evitar un trato peyorativo por razón de discapacidad, sino ofrecer una integración laboral en el medio ordinario que mitigue las dificultades propias de acceso y mantenimiento al mercado de trabajo.