



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

ACCESIBILIDAD DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD: UNA COMPARATIVA ENTRE
CDPD Y LA DIRECTIVA 2000/78/CE.

Presentado por:

Estela de los Ángeles Astorga Anciones

Tutelado por:

Fernando Rey Martínez

Valladolid, 7 de Julio de 2020

RESUMEN

La discapacidad es uno de los motivos por los que un sujeto puede ver limitado el goce de su derecho a la igualdad de oportunidades y del ejercicio de sus derechos en general dentro de la sociedad. Debido a las necesidades especiales que precisan estas personas y que no son comunes a la mayoría de la población de la sociedad, pueden surgir situaciones en las que la configuración del entorno social no está preparada para cubrir esas necesidades, y por ello puede ponerse en peligro el disfrute de su derecho fundamental a la igualdad, tanto en el ejercicio de los derechos, como en relación con las oportunidades reales en comparación con el resto de personas que no cuentan con tal condición. Es por ello que nace el deber de crear un cuerpo de normas que determine las medidas o vías para evitar la discriminación de estas personas y garantizar su derecho a la igualdad. En este trabajo se realizará un estudio, basado en la observación y comparación, que tiene como finalidad exponer la forma en la que se ha regulado la protección de las personas con discapacidad y el deber de adopción de los correspondientes ajustes razonables, en el ámbito internacional, comunitario, y en las legislaciones nacionales comunitarias; haciendo énfasis en la regulación española en la materia. Por lo tanto la protección especial de las personas con discapacidad es una materia de protección internacional, cuyos instrumentos normativos principales son la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Directiva 2000/78 del Consejo de la Unión Europea relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Palabras clave

Accesibilidad universal, Discapacidad, Ajustes razonables, Carga excesiva, Diseño universal, Discriminación.

ABSTRACT

Disability is one of the reasons why a subject may be limited in the enjoyment of his or her right to equal opportunities and in the exercise of his or her rights within society. Because of the special needs of these people, which are not common to the majority of the population of society, situations may arise in which the configuration of the social environment is not prepared to meet these needs, and thus the enjoyment of their fundamental right to equality may be jeopardized, both in the exercise of rights and in relation to real opportunities compared to other persons without such status. It is for this reason that the duty is born to create a body of rules that determines the measures or ways to avoid discrimination against these persons and guarantee their right to equality. This work will include a study, based on observation and comparison, which aims to show the way in which the protection of persons with disabilities has been regulated and the duty to adopt reasonable accommodation, at international level, at Community level; and in Community national legislations, with emphasis on Spanish regulation in this area. The special protection of persons with disabilities is therefore an area of international protection, in which the main normative instruments are the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Council of the European Union Directive 2000/78 on the establishment of a general framework for equal treatment in employment and occupation.

Key words

Universal accessibility, Disability, Reasonable accommodation, Excessive load, Universal design, Discrimination.

ABREVIATURAS

AN: Audiencia Nacional.

CE: Consejo de la Unión Europea.

CIF: Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud.

CE: Constitución Española.

CDPD: Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

CCAA: Comunidades Autónomas.

EEUU: Estados Unidos.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

SS: Seguridad Social.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS: Tribunal Supremo.

UE: Unión Europea.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. ACCESIBILIDAD Y AJUSTES RAZONABLES

1.1. Origen

1.2. Contenido

1.2.1. Razonabilidad de los ajustes

1.2.2. Carga excesiva para el empleador

1.3. Naturaleza jurídica

2. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LOS AJUSTES RAZONABLES.

2.1. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD).

2.2. La Directiva 2000/78 del CE.

3. AJUSTES RAZONABLES. SU IMPLEMENTACIÓN POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA.

3.1. Ámbito de aplicación material

3.2. Ámbito de aplicación personal

3.3. Contenido del ajuste razonable

3.4. Consecuencias derivadas de su incumplimiento

4. EL CASO ESPECÍFICO ESPAÑOL.

5. CONCLUSIONES.

ANEXO 1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ANEXO 2. JURISPRUDENCIA.

INTRODUCCIÓN

La observación de la falta de igualdad real y efectiva, y la discriminación de las personas con discapacidad es el punto de origen de toda la regulación antidiscriminatoria que se remonta hasta nuestros días. El punto de inflexión en la protección por razón de discapacidad se produce con la creación por NU de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que tuvo un gran éxito entre los diferentes países y supuso la inclusión de la discapacidad dentro del ámbito de protección de los derechos Humanos. Este instrumento normativo dió fuerza a una serie de conceptos relacionados con la discriminación por discapacidad, entre los que se encuentran la accesibilidad universal, el diseño para todos, y los ajustes razonables, (los cuales serán objeto de análisis a lo largo del texto), e hizo que, con su ratificación por los diversos Estados y por la UE, se consiguiera implementar sus objetivos a lo largo de todo el mundo. Haciendo así que los Estados tomaran consciencia de la situación especial de las personas con discapacidad y de su necesidad de protección, y logrando la internacionalización de los ajustes razonables como el instrumento que ha alcanzado más relevancia a la hora de la consecución de los objetivos.

En este trabajo se llevará a cabo un estudio de la protección normativa existente para las personas con discapacidad en los diferentes niveles normativos, de las bases de dicha protección, así como la forma en la que se relacionan los distintos niveles entre sí. Este análisis se centrará especialmente en el ámbito del empleo y la ocupación de las personas con discapacidad y en el deber de adopción de ajustes razonables.

1. ACCESIBILIDAD Y AJUSTES RAZONABLES.

1.1. Origen de los ajustes razonables.

Los ajustes razonables son un concepto jurisprudencial que nació de la mano de la jurisprudencia Canadiense y Estadounidense. Aunque el primer origen de este concepto fue estadounidense, su incorporación por parte de Canadá, y su posterior elaboración del informe de 2007 de la Comisión *Bouchrad-Taylor* en Quebec, hizo que la noción de ajuste razonable tomase relevancia dentro del ámbito europeo¹.

Así, Estados Unidos fue el primer país en incorporar este concepto a su jurisprudencia y legislación. Vió la luz en el año 1971, con su incorporación en una de las enmiendas del título séptimo del *Civil Rights Act* del de 1964. En EEUU, el concepto de ajuste razonable nace como un medio o una técnica para lograr la integración de las diferentes personas en la sociedad y la cohesión social², dentro del marco de una diversidad cultural dentro del estado, como era el caso de EEUU y posteriormente Canadá. Por lo tanto en su origen, estas adecuaciones iban destinadas principalmente al ámbito religioso y cultural (confesiones religiosas, grupos de población cultural minoritarios) con objetivo de eliminar la discriminación existente en estos ámbitos hacia ciertos colectivos.

En un primer momento, su aplicación jurisprudencial provino de la aplicación de la enmienda del Civil Rights, para posteriormente, dos años después, recogerse este concepto en la *Equal Employment Opportunity Act*³. Esta nueva norma jurídica nació como medio para evitar la discriminación dentro del ámbito del empleo y es a partir de este momento

¹ ELÓSEGUI ITXASO, María, El concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público, Aranzadi, Cizur Menor, (2013), p.76.

² FINSTERBUSCH ROMERO, Christian, La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos. **Ius et Praxis**, Talca, v. 22, n. 2, p. 227-252, (2016). Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000200008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200008>.

³ *Ibidem*.

cuando el concepto de ajuste razonable comenzó a tener una mayor presencia jurisprudencial. Esta ley pretendía lograr la conciliación entre religión y empleo, determinando que el empleador debía procurar adaptarse a las prácticas religiosas de sus empleados, solo pudiendo evitar la obligación de adaptación justificando que esto supondría una carga indebida para este. Posteriormente, el concepto evolucionaría, abarcando también el ámbito de las personas con discapacidad.

Es en el año 1985, con la Sentencia del Tribunal *Supremo Ontario Human Rights Commission y O'Malley c. Simpsons Sears Ltd.* 17 de diciembre de 1985⁴, cuando el concepto ve la luz por primera vez en Canadá. En esta sentencia se contempla la obligación del empleador de adaptarse a las prácticas religiosas de su trabajadora perteneciente a la iglesia adventista del séptimo día, que le impedían trabajar en sábado, ya que de no realizarse esto, las consecuencias hacia la trabajadora se considerarían discriminatorias y condeno al empleador al pago de una indemnización. En esta sentencia se introduce también el concepto de “carga excesiva”.

Sin embargo, el hecho fundamental que cambió la consideración de los ajustes razonables en el mundo fue el ya mencionado informe *Bouchar-Taylor*⁵ sobre Quebec. Este informe se dirigía en especial a la definición y explicación del concepto de ajuste razonable, en la que lo consideraba como: <<la obligación de acomodar o ajustar es el deber que, en virtud del derecho, incumbe a los gestores de instituciones y de organizaciones públicas y privadas de evitar cualquier forma de discriminación tomando distintas medidas de armonización en la aplicación de ciertas leyes o de ciertos reglamentos.

Por lo tanto establece un deber para todo tipo de institución u organización de llevar a cabo cuantos acuerdos y medidas sean necesarios para proteger a aquellas personas de la discriminación que, por razones culturales (dentro de lo cual también se incluyen los motivos religiosos) son susceptibles de sufrir. Derivado de la adopción de esta definición de ajuste razonable, se ha producido el nacimiento de dos elementos institucionales, que aunque similares en el nombre, son diferentes el uno del otro: el acomodamiento razonable

⁴ ELÓSEGUI ITXASO, María, (2013), op cit, pág. 75. Disponible en:

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2014-10006900096

⁵ *Ibidem*.

y el ajuste concertado. Ambos constituyen las llamadas “medidas de armonización” ⁶a las que se refiere el informe Bouchard-Taylor.

En primer lugar nos encontramos con el concepto de acomodamiento razonable⁷. Este consiste en acuerdos o medidas que solo pueden ser adoptados jurisprudencialmente, y lo que van a constituir es la aplicación de una versión más relajada o menos estricta de una norma o ley, a favor de una persona que ha sufrido o es susceptible de sufrir discriminación. A la hora de adoptar un acomodamiento razonable dentro del ámbito de un conflicto, los tribunales no pueden actuar de forma arbitral y discrecional, únicamente pueden acordar estas medidas o pactos cuando concurra alguno de los motivos explícitamente especificados en la Carta Canadiense de derechos y libertades (artículo 15) y en la Carta de derechos y libertades de Quebec (artículo 10).

A diferencia del anterior, el ajuste concertado⁸ es una medida o institución prejudicial que consiste en la adopción de un acuerdo o pacto de forma voluntaria por las partes del conflicto, con la finalidad de intentar armonizar la situación sin necesidad de acudir a la vía judicial.

En el caso de que no se llegase a acuerdo y no existiese la figura del acomodamiento razonable, se correría el peligro de que una persona viese impedido el ejercicio de uno de sus derechos fundamentales, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. Finalmente determina que la armonización (la obtención de una solución) necesaria que se acaba de mencionar, en realidad presenta excepciones⁹. El informe establece como límites a la adopción de medidas o acuerdos de armonización: el orden público, la seguridad y los derechos y libertades de terceros; y la existencia de una carga excesiva (como observamos desde los primeros momentos de existencia del concepto de ajuste razonable, la carga excesiva se ha tenido en cuenta como la limitación por excelencia del deber de realizar ajustes razonables). Estos límites siempre se apreciarán y ponderarán tomado de base el principio de proporcionalidad.

Como consecuencia de este informe, surgió en el ámbito mundial una nueva y mayor preocupación en las diversas leyes y políticas, por velar por los derechos de las personas

⁶ ELÓSEGUI ITXASO, María, (2013), op cit, pág. 78.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ ELÓSEGUI ITXASO, María, (2013), op cit, pág. 79.

con discapacidad, para que estos logren disfrutar de los derechos y libertades fundamentales con la mayor libertad y en condiciones de igualdad con el resto de personas, en definitiva para evitar la discriminación que son susceptibles de sufrir por su condición estas personas. Para lograr la consecución de este objetivo se determinan como vías para ello tres instrumentos o instituciones¹⁰: La accesibilidad universal, el diseño para todos y los ajustes razonables.

Con el objetivo de comprender estos tres dispositivos mencionados, entre los que se encuentran los ajustes razonables, es necesario analizar previamente dos aspectos. En primer lugar, la evolución de la forma en la que se concibe o percibe a la persona con discapacidad, y en segundo lugar, el concepto de discriminación y sus diversas manifestaciones.

La forma en la que se ha concebido a la persona con discapacidad ha variado a lo largo del tiempo desde que se tomo consciencia de la discapacidad y de su existencia en la sociedad. En todas las formas de concepción o visión de las personas con discapacidad se ha buscado su protección, sin embargo esa protección varía, al provenir de concepciones muy diferentes. Anteriormente a la época actual, se entendía que la causa de la discapacidad estaba en la propia persona, en el sentido de que provenían de las limitaciones que presentaba la persona en su naturaleza (mentales o físicas). Este punto vista es el denominado modelo médico o individualista¹¹, que es el que se encuentra plasmado en la CE hasta nuestros días, lo cual se observa en el artículo 49 de dicho texto (que será analizado posteriormente). La protección que concebía este modelo en relación con la discapacidad se basaba en el aislamiento, en la ocultación de dicha condición de la persona, como forma de protegerle de las posibles agresiones de la sociedad. Se concebía así a las personas con discapacidad como ciudadanos de segunda, necesitados de una especial protección o paternalismo.

Sin embargo este modelo evolucionó hacia otra concepción, que se remonta hasta nuestros días, y viene representada por el denominado modelo social¹².

¹⁰ CAYO PÉREZ BUENO, Luis, « La configuración jurídica de los ajustes razonables », pág. 3. Disponible en:https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/LA_CONFIGURACION_JURIDICA_DE_LOS_AJUSTES_RAZONABLES.pdf

¹¹ REY MARTÍNEZ, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi, Pamplona (2019), pág. 215.

¹² *Ibidem*.

Este nuevo punto de vista, nacido de la mano de la Convención de Nueva York, rompe con el anterior, al determinar que la discapacidad de la persona se entiende siempre en relación con el contexto social del que se rodea. Para el modelo social, la discapacidad en realidad no proviene de las limitaciones de la persona, sino de las limitaciones de la propia sociedad en donde convive, y se concibe como aquella desventaja de la persona respecto del resto de sujetos causada por los obstáculos presentes en la organización de la sociedad, que no han sido eliminados atendiendo a las necesidades de estas personas. De tal manera que para solucionar el problema y dichas desventajas, no se debe ocultar o aislar a la persona, pues se le estarían negando unas oportunidades con el que el resto de personas cuentan, concibiéndole como ya hemos dicho como una persona de menos valor en la sociedad; sino que la acción debe ir dirigida a remover los obstáculos de la sociedad. Lo cual implica una mayor concienciación de la sociedad sobre las diferencias de estas personas y su normalización. El no remover esos obstáculos según las necesidades de la persona con discapacidad, daría lugar a una discriminación de esta. El modelo social fue introducido en Europa¹³ a través de la jurisprudencia del TEDH, el cual se dirigió en dos de sus sentencias contra Rusia¹⁴. En la primera de ellas en el tiempo, el Tribunal se pronunció acerca de la diferencia entre discapacidad e incapacidad. Determinando que la existencia de discapacidad en la persona no significa necesariamente que esta sea incapaz (como se la había declarado al sujeto en el caso de la Sentencia, teniendo como consecuencia un internamiento en un centro psiquiátrico contra su voluntad), y que la situación varía en cada caso concreto, por lo que la legislación debería prever una mayor casuística. Hoy en día el modelo social de discapacidad está generalmente aceptado, como se observa en la propia definición de la discapacidad de la CDPD, que será de estudio posterior, y la concibe desde el punto de vista de la interacción de la persona con la sociedad.

La discriminación de un sujeto tiene como consecuencia general la negación a este de las mismas posibilidades equitativas y justas de acceder a las diferentes posibilidades que oferta la sociedad. Se distinguen en este sentido dos clases o tipos de discriminación¹⁵. La discriminación directa y la discriminación indirecta.

¹³ REY MARTÍNEZ, Fernando, Pamplona (2019), op cit, pág. 216.

¹⁴ Sentencia del TEDH *Shtukatourov v. Rusia* de 2008, Sentencia del TEDH *Lashin v. Rusia* de 2013.

¹⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Imprimerie Centrale, Luxemburgo, (2011), pág. 21. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf

La discriminación directa tiene lugar cuando una persona es tratada de forma menos favorable de lo que ha sido o va a ser tratada otra persona en situación comparable debido a una característica concreta de esta persona incluida entre los «motivos protegidos». Dichos motivos protegidos son diversos¹⁶ (la orientación sexual, la raza, la edad, el origen étnico y nacional, la religión, las creencias) y entre ellos se encuentra la discapacidad, sin embargo no es absolutamente necesario que sea el motivo la causa directa del trato diferenciado¹⁷, pudiendo apreciarse igualmente cuando alguno de los motivos protegidos este indisolublemente unido a la causa del trato más desfavorable. Por tanto cuando una persona sufra un trato menos favorable que otra en la misma situación o situación comparable, fundándose este en la discapacidad de la persona, se considerará discriminación directa por discapacidad. Por el otro lado, nos encontramos la discriminación indirecta¹⁸, que es en palabras del TEDH, aquella que se produce como consecuencia de una política o medida general, que a pesar de estar formulada de modo neutro, provoca una discriminación a un determinado grupo (marcado por un motivo protegido), provocando para estos unos efectos sustancialmente más perjudiciales. En la discriminación indirecta, es necesario que la persona que la alegue pruebe que las personas que comparten su condición o motivo protegido sufren en conjunto (como grupo) sufren efectos diferentes y perjudiciales en relación con el resto de personas.

Para evitar la discriminación en sus diversas versiones (para el caso de las personas con discapacidad), se encajan los tres dispositivos mencionados anteriormente. Con esta finalidad es necesario adoptar un trato diferente para estas personas con discapacidad que no se aplique al resto de sujetos. En la medida en que estas son diferentes del resto de las personas (lo contrario supondría una discriminación indirecta). Este trato diferenciado (como ya veremos) no se considera vulneración de la igualdad.

La accesibilidad universal, a diferencia de los otros dos instrumentos mencionados, se concibe en realidad como un objetivo, un principio a seguir. Mientras que el diseño para todos y los ajustes razonables implican la realización de actos o medidas dinámicas destinadas a alcanzar la accesibilidad universal. La accesibilidad universal¹⁹ se entiende

¹⁶ *Ibidem*, pág. 26.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, Luxemburgo, (2011), *op cit*, pág. 29.

¹⁹ CAYO PÉREZ BUENO, Luis, « La configuración jurídica de los ajustes razonables », pág. 3.

como aquello que debe cumplir el entorno social, los bienes, servicios, instrumentos y herramientas para que todas las personas en condiciones de igualdad, puedan utilizarlos y beneficiarse de ellos, de forma natural, para vivir de forma independiente y ejercer sus derechos. Esta no es un objetivo que se dirija exclusivamente a las personas con discapacidad (a pesar de ser el ámbito en el que nos vamos a centrar especialmente), sino que protege a todo tipo de personas y afecta a todos los ámbitos en los que se podría poner en peligro el ejercicio de los derechos.

En relación con las personas con discapacidad, la existencia de un entorno desfavorable es un hecho que limita o condiciona el efectivo ejercicio de los derechos de estas personas. Así, es requisito esencial para el libre ejercicio de sus derechos, que el entorno concreto del que se trate (en el ámbito del empleo, en la educación, etc.) sea accesible para la persona. Si el entorno no estuviese correctamente adaptado para que fuese accesible, esto provocaría que la persona con discapacidad no tendría acceso a un derecho que el resto de personas que no adolecen de la discapacidad, si tendrían. Y por lo tanto esa ausencia de accesibilidad supondría una discriminación que no debe ser consentida²⁰, ya que atenta contra el principio de igualdad. Es por ello que los estados, y los instrumentos normativos internacionales y comunitarios, en su regulación relativa a la discapacidad han previsto como objetivo de obligado cumplimiento la accesibilidad universal.

En segundo lugar nos encontramos la institución del diseño para todos o diseño universal²¹. Este, al igual que los ajustes razonables, está muy unido al concepto de accesibilidad universal, ya que la existencia de esta última presupone a su vez la de estos dos instrumentos. El diseño para todas las personas es un dispositivo derivado de la accesibilidad universal. Se dirige a la adaptación de un entorno, implicando desde el primer momento la proyección, diseño, planificación e implementación de medidas en el entorno que permitan el acceso al mayor número de personas, independientemente de su condición, incluidas las personas con discapacidad. Por lo tanto se concibe el diseño para todos como una de las vías que permiten lograr la accesibilidad universal con carácter previo y desde el primer momento, evitando la posterior necesidad de medidas de adecuación. En cuanto a la plasmación de esta institución en los instrumentos transnacionales, la CDPD²² aporta una definición de diseño para todos en su artículo dos, como: «el diseño de productos,

²⁰ *Ibidem*.

²¹ REY MARTÍNEZ, Fernando, Pamplona (2019), *op cit*, pág. 219.

²² Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado». Tras esta definición la CDPD matiza, en relación con las personas con discapacidad, que el haber llevado a cabo el diseño universal no implica que se les deniegue a aquellas particulares personas con discapacidad las ayudas técnicas públicas, cuando estas lo necesiten.

Sin embargo, la accesibilidad universal y el diseño para todos no consiguen garantizar de forma total la igualdad entre las personas. Es por ello que entran en juego los ajustes razonables, como vía para garantizar el derecho de igualdad de las personas en aquellos casos en los que el diseño para todos y la accesibilidad universal no han sido suficientes. Es imposible que el diseño para todos, que constituye una adaptación en el momento de creación del entorno, pueda prever todas y cada una de las situaciones que posteriormente surgirán. Y por otro lado, la accesibilidad universal constituye un objetivo difícil de alcanzar en su totalidad. Por ello es que los ajustes razonables se conciben como la vía más importante en la práctica para lograr el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y del resto de personas²³. Los ajustes razonables son una técnica dirigida a evitar la discriminación principalmente en situaciones de discapacidad, pero tienen cabida también en diversas legislaciones para situaciones de religión o grupo étnico²⁴. Es de relevancia aclarar que la accesibilidad universal y el diseño para todos se conciben con carácter preferente a los ajustes razonables. Como hemos mencionado, los ajustes entran en juego para suplir las lagunas de protección que dejan abiertas la accesibilidad y el diseño universal.

La diferencia entre diseño universal y ajustes razonables radica en el ámbito temporal en el que tiene lugar cada uno. Mientras que el diseño para todos busca garantizar la accesibilidad desde el origen, actuando en el momento de creación del medio (su objetivo es crear el entorno, programa, producto, el medio en general, ya directamente accesible para las personas desde el principio); los ajustes razonables en cambio, son una solución subsidiaria que entra en juego tras el fracaso del diseño universal y que tiene carácter individual, por lo tanto los puede solicitar una persona y están destinados a ser una garantía de igualdad para

²³ CAYO PÉREZ BUENO, Luis, op cit, pág. 4.

²⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando, Pamplona (2019), op cit, pág. 220.

esta únicamente²⁵. En relación con lo mencionado en estas dos últimas líneas, hay autores, como Rafael de Asís, que consideran que existe un tercer instrumento para garantizar la accesibilidad universal, y este es las llamadas medidas de accesibilidad²⁶. Estas son un conjunto de medidas, diferentes de los ajustes razonables, que tienen en común con ellos el actuar de forma posterior y subordinada a la no eficacia del diseño universal, y se conciben como técnicas dirigidas a la eliminación de los obstáculos que presenta un bien, medio, servicio o programa. La diferencia con los ajustes razonables es que en estos el diseño universal del objeto, medio, o servicio, si que se ha llevado a cabo y ha fracasado en proteger a una persona por su situación; sin embargo cuando entran en juego las medidas de accesibilidad, el diseño universal no ha tenido lugar por no haber sido posible, y por ello estas medidas lo que hacen es en cierto modo “sustituir” la función que desempeña el diseño universal, adaptando el entorno para hacerlo accesible pero para todas las personas en general.

Los ajustes razonables como medida que permite la adaptación al caso concreto, tienen tal utilidad e importancia que, tras su reconocimiento en el informe Bouchard-Taylor, el concepto de ajustes razonables ha sido utilizado en la jurisprudencia europea, de la mano del TJUE y del TEDH, y ha sido reconocido en normas internacionales (CDPD), europeas (La Directiva 2000/78 del CE, entre otras) y numerosas legislaciones nacionales. Es relevante destacar un hecho insólito, que es que la CDPD elaborada por NU fue el primer instrumento internacional que recogió los derechos humanos y ofreció protección a la discapacidad desde una nueva visión, al reconocer un instrumento innovador²⁷ hasta el momento como medio para resolver los problemas: los ajustes razonables. Al tratar el ajuste razonable una materia de gran relevancia mundial, por estar relacionado con un derecho fundamental, debería haber existido un anterior instrumento de NU relativo a los Derechos Humanos, que lo contemplase.

1.2. Contenido de los ajustes razonables.

Dentro del marco general de la accesibilidad universal, como un elemento indispensable y que debe estar siempre presente en el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades

²⁵REY MARTÍNEZ, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi, Pamplona (2019), pág

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ FINSTERBUSCH ROMERO, Christian, (2016), *op cit*.

públicas de todas las personas, es donde se encajan los ajustes razonables. Como ya se ha mencionado en el punto anterior, estos son un medio subsidiario que entra en juego cuando fracasa la accesibilidad universal y el diseño para todos, y se conciben como el último medio garantista de la igualdad y no discriminación para las personas con discapacidad.

En cuanto al contenido de los ajustes razonables, se podría decir que son las concretas medidas de modificación y de adaptación necesarias para lograr que una persona con discapacidad goce y disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad con el resto de las personas. Consisten en medidas de carácter positivo que modifican o adaptan los entornos para cubrir aquellas necesidades de la persona con discapacidad²⁸, que de no remediarse supondrían dejar a esta persona en condiciones de desigualdad respecto del resto de sujetos, dentro del mismo ámbito y siendo el motivo la discapacidad de la persona. Dando lugar así a una discriminación por razón de discapacidad. Se conciben además como medidas de carácter individual²⁹, en el sentido de que operan de forma adecuada y diferente a la necesidad concreta de cada caso (adecúan o modifican de forma individualizada).

El concepto de ajustes razonables se encuentra primeramente definido por la CDPD de forma general. En virtud de ella, estas medidas en las que consiste el ajuste razonable se pueden aplicar en gran número de ámbitos, incluyéndose el empleo, la educación, la salud, la protección social, etc³⁰. Una regulación más restrictiva es la que proporciona la Directiva 2000/78/CE. Ambas serán analizadas posteriormente con mayor profundidad.

En el ámbito específico del empleo, es relevante mencionar que el TJUE determinó, en relación con el contenido de los ajustes razonables, que el deber de adopción de los ajustes razonables no se limita únicamente a las medidas materiales (técnicas) sino también a las medidas organizativas (como la adaptación del horario de trabajo)³¹.

²⁸ CAYO PÉREZ BUENO, Luis, « La configuración jurídica de los ajustes razonables». Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/06/Educacion_inclusiva_1_junio_Luis_Cayo.pdf

²⁹ CAYO PÉREZ BUENO, Luis, op cit, pág 8.

³⁰ COMISIÓN EUROPEA. IP/11/4. « La Unión Europea ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad », comunicado de prensa, Bruselas, 5 de enero de 2011.

³¹ FINSTERBUSCH ROMERO, Christian, La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos. **Ius et Praxis**, Talca, v. 22, n. 2, p. 227-252, (2016), apartado 6.1.

1.2.1. Razonabilidad de los ajustes.

Para que nazca el deber de adoptar una medida, un ajuste, esta debe ser obligatoriamente razonable. Por lo tanto la razonabilidad es el límite interno³² dentro del propio concepto de ajuste razonable, que determina su implementación. Al caracterizarse los ajustes razonables por su adaptabilidad a cada necesidad concreta, su carácter razonable dependerá también del caso concreto.

En virtud de esta premisa, se deduce en primer lugar, que la obligación únicamente vincula al sujeto cuando el ajuste se considere razonable, y en segundo lugar, que pueden existir situaciones en las que objetivamente desde un punto de vista físico o material los ajustes se perciban como necesarios, pero desde un punto de vista jurídico estos no sean considerados como razonables y por lo tanto no obligatorios³³. A estos efectos procede determinar cuando un ajuste se considera como razonable, tanto en la protección de los derechos, como en el ámbito de los costes económicos que supone la adaptación del entorno, debido además a su relevancia en esta institución.

A pesar de lo relevante que es determinar la razonabilidad del ajuste (de la medida), las diversas legislaciones internas estatales no suelen determinar de forma expresa y en su normativa este concepto³⁴, que indudablemente de regularse impediría la existencia de dudas y facilitaría la aplicación de los ajustes razonables. Tampoco el instrumento comunitario en materia de discapacidad (la Directiva 2000/78/CE) dirigido al ámbito del empleo y la ocupación, determina en su contenido de forma concisa la definición de razonable³⁵. Las consecuencias de esta indeterminación son evidentemente una inseguridad a la hora de aplicar las diversas normas, inseguridad que no puede permitirse dentro del ámbito jurídico, y es por ello que entró en juego una numerosa jurisprudencia, que será el medio a través del cual se acabe determinando el concepto. A pesar de la no previsión precisa por parte de la Directiva 2000/78/CE, esta fue consciente de la inseguridad que provocaría la falta absoluta de concepto y por ello estableció una serie de criterios orientativos³⁶ para determinar la razonabilidad y por consecuencia, la obligatoriedad de llevar a cabo el ajuste concreto.

³² CAYO PÉREZ BUENO, Luis, op cit, pág. 6.

³³ FINSTERBUSCH ROMERO, Christian, (2016), op cit.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ De observación posterior en el siguiente capítulo, véase pág. 27 y siguientes.

³⁶ De observación posterior en el siguiente capítulo, véase pág. 27 y siguientes.

Por otro lado, destacar que la legislación española en la materia recoge dentro de su normativa, las pautas para considerar la razonabilidad del ajuste (de forma general y en el ámbito más específico del empleo y la ocupación, 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 social³⁷), cuestión que se analizará posteriormente.

A pesar de los evidentes inconvenientes que produce la indeterminación de este concepto, existe una cierta ventaja práctica de la no definición por parte de las diferentes regulaciones. En cierto modo, se podría considerar ventajosa tal indeterminación debido al carácter individual y específico de la medida, que es diferente y se adapta a la necesidad del caso concreto³⁸. De tenerse que definir cuando un ajuste se considera razonable dependiendo de cada necesidad concreta, sería una tarea exhaustiva e imposible, ya que la casuística es de gran amplitud y no se podrían prever todas las necesidades posibles, generando en el caso de que una de ellas no se encuentre prevista, cierta incertidumbre para la persona con discapacidad. Por ello desde este punto de vista, el no determinar de forma pormenorizada el concepto de razonable resulta en cierto modo adecuado.

Respecto a la razonabilidad de un ajuste, aquello que sí que es generalmente común en todas las legislaciones, incluyéndose la internacional y la comunitaria³⁹, es la previsión de la carga excesiva o desproporcionada como elemento que excluye impide que el ajuste se considere razonable⁴⁰. De tal manera que un ajuste se considerará razonable siempre que no implique su adopción una carga desproporcionada o indebida para el sujeto obligado a llevarlo a cabo.

Por último y en relación con la carga desproporcionada y los sujetos obligados, mencionar que la adopción de un ajuste razonable conlleva necesariamente una serie de consecuencias, entre las que se encuentran los costes económicos, en la medida que la adopción del ajuste implica la transformación del entorno. Es por ello que a la hora de adaptar un entorno, van a estar obligados preferentemente⁴¹ frente a otras personas posibles obligadas, los sujetos de carácter público y aquellos con una considerable relevancia económica o institucional, y

³⁷ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-12632-consolidado.pdf>

³⁸ CAYO PÉREZ BUENO, Luis, op cit, pág. 7.

³⁹ De observación posterior en el siguiente capítulo.

⁴⁰ REY MARTÍNEZ, Fernando, Pamplona (2019), op cit, pág. 221.

⁴¹ CAYO PÉREZ BUENO, Luis, op cit, pág. 7.

se va a permitir la variación de los plazos de cumplimiento de la obligación dependiendo del carácter de esta, para conseguir hacer la carga más llevadera al obligado (flexibilidad en los plazos).

1.2.2. La carga excesiva para el empleador

Como se ha mencionado anteriormente, la existencia de carga excesiva o desproporcionada es el límite para la adopción de un ajuste, aquello que excluye su razonabilidad. Para precisar el concepto de carga excesiva, la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado, y de sus decisiones se extraen una serie de criterios que son aquellos que se tendrán en cuenta a la hora de determinar su existencia.

Así, se determina con carácter general en todos los ámbitos en los que se puede llevar a cabo ajustes razonables para las personas con discapacidad, que los criterios⁴² para determinar la existencia de carga excesiva son: el límite personal del posible obligado (en el sentido de que la implantación de la medida no le produzca excesivos perjuicios económicos o de cualquier otro tipo, por lo tanto las características personales del obligado); en segundo lugar, la imposibilidad del sujeto de llevar a cabo la medida; las características del acto a realizar; las consecuencias que se derivarían de no adoptarse las medidas de adecuación; y por último, la existencia de efectos discriminatorios para otros sujetos como consecuencia de llevarse a cabo el ajuste. La consideración de estos criterios de forma conjunta por el Tribunal correspondiente, le permitiría determinar la existencia o no existencia de carga indebida. En la realidad mundial cada estado determina en su legislación interna los criterios a tener en cuenta por los tribunales estatales a la hora de determinar la existencia de carga indebida en los casos sobre los que recaiga su competencia⁴³.

Dentro del ámbito del empleo y la ocupación, el sujeto obligado a realizar el ajuste razonable va a ser el empleador. A la hora de analizar la carga excesiva desde el punto de vista del empleo, es necesario tomar como primera referencia la Directiva 2000/78/ CE

⁴² FINSTERBUSCH ROMERO, Christian, La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos. **Ius et Praxis**, Talca, v. 22, n. 2, p. 227-252, (2016).

⁴³ De observación posterior en el capítulo tres, pág. 45 y siguientes.

que ofrece, como se mencionó en anteriores líneas, una regulación especialmente destinada a la protección de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo (cuya regulación de los diferentes aspectos será analizada en el capítulo siguiente). Al tratarse de una directiva, esta vinculará de forma obligatoria a todos los estados comunitarios, de tal manera que lo dispuesto en ella relativo a la carga excesiva del empleador tendrá que ser adoptado necesariamente por todos los países de la UE.

En el instrumento comunitario se recoge el deber del empleador de llevar a cabo los ajustes razonables en relación con el empleo y la ocupación en su artículo 5⁴⁴. Dicho artículo será estudiado posteriormente al realizar el análisis de la Directiva 2000/78/CE a efectos de estudiar dicho concepto aplicado al empleo y de la razonabilidad del ajuste de forma más pormenorizada. Con el objetivo de determinar el concepto de carga excesiva para el empleador, en este artículo se prevé como único indicador de la falta de existencia de carga indebida, el hecho de que pueda ser cubierta de forma suficiente por las medidas que establezca el estado concreto para las personas con discapacidad, como son las ayudas oficiales. De tal manera que, de poder estar beneficiado por esas medidas estatales de manera suficiente para evitar la carga, el empleador debería implementar el ajuste razonable necesariamente.

A pesar de que en el articulado de la mencionada norma no se incluye mayor referencia a la carga excesiva y su consideración, que la mencionada del artículo quinto; en su considerando número 21 la Directiva si establece algunos ejemplos de criterios a tener en cuenta, entre los que se encuentran los costes financieros y los recursos de la empresa u organización.

Por último, mencionar que en materia de los ajuste razonables en el ámbito desempleo para las personas con discapacidad se pronuncia en diversas ocasiones el TJUE, entre ellas en la Sentencia de su Sala segunda en relación con el asunto C-335/1 1 y C-337/1 1 *Ring y Skouboe Werge*, del 11 de abril de 2013⁴⁵, que se centra en la definición del concepto de persona con discapacidad, pero también hace referencia a la carga excesiva al pronunciarse sobre la reducción de jornada como ajuste razonable. Así establece que las medidas de reducción de tiempo de trabajo se considerarán como un ajuste razonable adecuado, salvo que el empleador pudiese probar que concurre la existencia de una carga excesiva que le

⁴⁴ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357>

⁴⁵ Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=136161&doclang=ES>

afecta negativamente. Y determinando que para establecer cuál es el límite, y si existe tal carga desproporcionada o indebida, se tendrán en cuenta⁴⁶ los costos financieros y de otra índole, como el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

1.3. Naturaleza jurídica de los ajustes razonables.

Los ajustes razonables, como medio para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades, en relación con las personas con discapacidad, su naturaleza presenta un doble sentido.

Así los ajustes razonables se conciben como un derecho, una garantía para las personas con discapacidad, y a la vez constituyen un límite que manifiesta lo diferente de estas personas en relación con el resto de la sociedad⁴⁷. Expuesto así, puede llegarse a la conclusión errónea de que ambas se contradicen entre sí, pero en realidad como veremos a continuación los dos ámbitos se complementan.

En primer lugar, como ya mencionamos anteriormente, los ajustes razonables son las medidas que entran en juego como última vía destinada a garantizar que las personas con discapacidad cuenten con igualdad de trato e igualdad de oportunidades en todos los ámbitos respecto al resto de personas y gocen de sus derechos de forma igualitaria. Por lo tanto constituyen un derecho de las personas con discapacidad. Sin embargo son una garantía subsidiaria y de segundo grado, frente a las garantías de estos derechos que suponen la Accesibilidad universal y el diseño para todos. Pues estos ámbitos buscan lograr una solución inicial, desde el origen de configuración del entorno, para lograr que el acceso y la participación en este sean lo más natural posible para las personas con discapacidad y para el resto de personas.

Por el otro lado los ajustes razonables son un límite⁴⁸, pues en realidad suponen que, por mucho que se ha intentado lograr la equiparación, la igualdad de las personas con discapacidad con el resto de personas a través de diferentes medidas en un proceso de inclusión; la mera existencia de un dispositivo como el ajuste razonable, concebido como medio subsidiario cuando los otros dos mecanismos de protección y garantía principales

⁴⁶ FINSTERBUSCH ROMERO, Christian, (2016), op cit.

⁴⁷ CAYO PÉREZ BUENO, Luis, op cit, páginas 4 y 5.

⁴⁸ *Ibidem*.

fallen, y que no es de aplicación obligatoria en todos los casos, implica que aun no se ha conseguido regular de tal manera que se alcance la integridad de sus derechos. Porque a pesar de existir en las regulaciones el concepto de ajuste razonable como medio garantista, puede suceder que en un caso concreto la normativa determine que no hay obligación de llevar a cabo esas medidas de adaptación incluso cuando en la realidad dicha adopción sea justa. Resultando en la no cobertura de la necesidad de la persona con discapacidad, y ello lleve a una situación en la que la persona no ve satisfecho su derecho (no cuenta con igualdad de oportunidades o en el ejercicio de sus derechos). A pesar de los daños que puede producir este criterio que determina la aplicación de un ajuste, de una medida, a lo que la normativa del caso considere como razonable, esta forma de limitar la obligación ha sido adoptada por todas las legislaciones que van a ser objeto de estudio en este trabajo, la CDPD, la Directiva 2000/78/CE y por ende, las diferentes legislaciones estatales.

A la hora de entender en mejor medida la naturaleza de los ajustes razonables, es necesario acudir a la jurisprudencia, en especial dentro del ámbito de la UE, a las resoluciones del TJUE. El mencionado Tribunal se ha encargado de resolver en diversas ocasiones cuestiones planteadas por los distintos tribunales de los países de la UE, en especial en materia de definición de discapacidad en el ámbito del empleo, a efecto de considerar el deber del empleador de realizar el ajuste razonable correspondiente. En cuanto a lo que expone el TJUE sobre el concepto de discapacidad, es una cuestión que se expondrá a la hora de estudiar la Directiva 2000/78/CE (norma básica en la UE en el ámbito del empleo) y sobre la que es de gran importancia la jurisprudencia de este, pues en la Directiva como ya observaremos, no existe definición de persona con discapacidad. Así podemos citar la ya mencionada STJUE 11.4.13 Ring (HK Danmark), C-335/11, que expone que la reducción del tiempo de trabajo es una medida susceptible de considerarse ajuste razonable, ya que es una medida destinada a la persona con discapacidad que le posibilita seguir manteniendo su empleo, y por tanto le garantiza ese derecho.

Otra Sentencia reciente del TJUE a mencionar es la STJUE 11.9.19 DW Nobel Plastiques (C-397/18)⁴⁹. Esta sentencia, a pesar de no abordar el concepto de ajustes razonables y de su naturaleza jurídica, es de relevancia en esta cuestión.

Esto es porque en su contenido pone de manifiesto lo relevantes que resultan los ajustes razonables a la hora de garantizar los derechos de la persona, al introducir por primera vez el Tribunal en ella la obligación de valorar el cumplimiento de la obligación de implementar ajustes razonables⁵⁰. En ella determina que no es suficiente para verse cumplida la obligación el haber realizado medidas de adaptación en la empresa, sino que es necesario entrar a valorar si esas medidas son suficientemente adecuadas para entenderse cumplida la obligación del artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE.

2. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LOS AJUSTES RAZONABLES.

Los ajustes razonables nacen como un medio para conseguir la igualdad de aquellos grupos de personas que por determinadas características pueden verse en situación de desventaja respecto del resto de la sociedad. Una de las razones que suelen ser motivo de desigualdad es la discapacidad.

En razón con la discapacidad, los ajustes razonables están destinados a eliminar o remover los obstáculos que supongan a la persona con discapacidad una desventaja dentro del ámbito concreto (empleo y ocupación, educación, etc.) respecto del resto de personas, ya sea por no estar el espacio adaptado a las necesidades físicas de la persona o por ser obstáculos de carácter organizativos, como el horario de trabajo limitado necesario⁵¹.

Es en razón a este objetivo de lograr la mayor igualdad de trato posible hacia las personas con discapacidad y al objetivo de alcanzar la accesibilidad universal de todas las personas, por lo que se ha establecido el deber de adoptar las medidas de adecuación que sean necesarias para que el sujeto pueda tener acceso y disfrutar de los derechos y libertades en la mayor igualdad posible respecto al resto de la sociedad y vivir de forma independiente. Este es el ya mencionado deber de realizar ajustes razonables.

⁵⁰ AGUSTÍ MARAGALL, Joan, « Discriminación por razón de discapacidad: discapacidad y ajustes razonables en el derecho de la UE y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», Ponencia, Barcelona, pág. 36 y siguientes.

⁵¹ Sobre las medidas en las que puede consistir en ajuste razonable, véase el capítulo tres, pág. 42.

Como consecuencia del objetivo de accesibilidad universal (y en relación con la discapacidad), nacen dos instrumentos jurídicos destinados a regular la obligación de los estados de adoptar ajustes razonables: la CDPD y la Directiva 2000/78/ CE.

Estos dos instrumentos están relacionados entre sí, pero pertenecen a ámbitos diferentes, aunque ambos se centran únicamente en la discapacidad a la hora de regular los ajustes razonables. La CDPD tiene carácter internacional, mientras que la Directiva 2000/78 se aplica únicamente al ámbito de la Unión Europea, al ser una norma exclusivamente comunitaria.

2.1. La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD).

La CDPD⁵² es una norma creada por Naciones Unidas que entró en vigor el 3 de Mayo del año 2008. Constituye el primer tratado internacional que regula los ajustes razonables hacia las personas con discapacidad y el primer tratado celebrado sobre los Derechos Humanos. Toma de base en toda su redacción los principios de igualdad de trato y la prohibición de discriminación (en adición al resto de principios enumerados en el artículo tercero de esta norma).

Se diferencia de la Directiva 2000/78 del CE principalmente en que la regulación de esta última está exclusivamente dirigida a la protección de las personas con discapacidad a través de la regulación del deber de implementar ajustes razonables por razón de discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación; mientras que la CDPD regula el deber de adoptar ajustes razonables en relación con la discapacidad en un mayor número de ámbitos, además de en el empleo y la ocupación, siendo la guía internacional en la materia⁵³.

La existencia de la CDPD es de gran importancia, pues es la vía que establece la obligación de los estados de adoptar los ajustes razonables, e insta a estos a que adopten estas medidas de adecuación en la mayoría de los ámbitos en los que pueda encontrarse en desventaja las personas con discapacidad respecto del resto de personas. En especial cobra gran relevancia dentro de la Unión Europea, al servir como instrumento que guía la interpretación de la Directiva 2000/78/CE. Hay que tener en cuenta que la UE como

⁵² Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

⁵³ Se puede observar especialmente en la configuración de los ajustes razonables por las legislaciones nacionales de los diferentes estados de la UE.

parte, y todos sus estados miembros, han ratificado⁵⁴ la CDPD. Es por ello que la interpretación de la norma comunitaria se realiza siempre teniendo en cuenta lo determinado por la CDPD.

La CDPD comienza su redacción tomando de base una serie de consideraciones, como la vulnerabilidad de los niños con discapacidad y su derecho a disfrutar y ejercer los derechos en igualdad de condiciones respecto de los otros niños, o la necesidad fundamental de mitigar los efectos negativos de la pobreza en las personas con discapacidad, así como la especial situación de discriminación de las mujeres con discapacidad.

Antes de proceder a analizar cómo ha regulado esta norma internacional el concepto de ajustes razonables en relación con la discapacidad, es necesario determinar qué entiende esta por persona con discapacidad. Así expresa que las personas con discapacidad incluyen a *“todas aquellas que cuenten con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”* (artículo 1 de la CDPD). En realidad, en este artículo la Convención no está determinando la definición de forma expresa, solo aclara que dentro de ese grupo de personas se incluyen las mencionadas, por lo tanto da a entender que no son las únicas clases de personas que se pueden considerar con discapacidad a efectos de esta norma⁵⁵. La finalidad de esta regulación abierta es no restringir la protección y aclarar que dentro de las personas con discapacidad tienen cabida otras personas, además de las mencionadas (es de interés en esta cuestión, lo aclarado por el Comité de los derechos de las personas con discapacidad S.C vs Brasil⁵⁶, que se pronuncia en este sentido).

⁵⁴ COMISIÓN EUROPEA, « La Unión Europea ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad», Comunicado de prensa, Bruselas, (5 de enero de 2011).

⁵⁵ FERRI, Delia; LAWSON, Anna, Reasonable accommodation for disabled people in employment. A legal analysis of the situation in EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2016, pág. 51. Disponible en: <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3724-reasonable-accommodation-for-disabled-people-in-employment>

⁵⁶ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, S.C. v Brazil – Communication No. 10/2013 (CRPD/C/12/D/10/2013) available at: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD-C-12-D-10-2013&Lang=en.

El elemento más importante de esta definición es el requisito de la existencia de la deficiencia a largo plazo, la duración. Como observaremos posteriormente en el capítulo tercero, este criterio de existencia a largo plazo es de gran relevancia⁵⁷ a la hora de calificar una deficiencia como discapacidad a efectos de obtener la protección de la CDPD, o como una simple deficiencia temporal causada por una enfermedad u otras causas.

Lo más sorprendente es que la Directiva 2000/78/CE, que tiene un objeto muy similar a la CDPD, no define en ningún momento el concepto de “persona con discapacidad” a los efectos de ser aplicada dicha definición. Sin embargo esta falta de mención expresa se suple por la definición expresada por el TJUE⁵⁸.

La CDPD en su artículo 2 ofrece una definición de ajustes razonables, y los considera como: *“aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*. Como observaremos posteriormente en el siguiente apartado del capítulo segundo, esta definición difiere con la aportada por la Directiva 2000/78, siendo la de la CDPD más amplia y flexible.

De este artículo se deduce que la finalidad o razón de ser de los ajustes razonables⁵⁹ y de la Convención en sí, es lograr que las personas con discapacidad disfruten de los derechos fundamentales de forma igual que el resto de personas. Este objetivo reflejado en el artículo segundo, se observa también de forma más clara en el artículo primero donde la CDPD recoge su propósito: *lograr promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*.

A fin de lograr el cumplimiento efectivo de estos objetivos, la Convención establece una obligación para los estados de adoptar las medidas que sean necesarias para conseguir la igualdad de las personas con discapacidad en los diferentes ámbitos y la accesibilidad universal. Tal obligación se encuentra reflejada en el artículo 9.1 de la presente norma, que determina el deber de estos de asegurar el acceso de las personas con discapacidad a una

⁵⁷ FERRI, Delia; LAWSON, Anna, (2016), op cit, pág 51.

⁵⁸ Véase apartado 2.2. La Directiva 2000/78 del CE.

⁵⁹ FERRI, Delia; LAWSON, Anna, (2016), op cit, pág. 49.

serie de ámbitos, que son todo el entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, el acceso a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público (tanto en zonas urbanas como rurales). Por lo tanto las obligaciones de los estados en esta materia son dos⁶⁰. En primer lugar, tienen el deber de construcción de instalaciones para permitir el acceso y la circulación física de estas personas; y en segundo lugar (fuera del plano físico) deben eliminar todos los obstáculos con los que se encuentre la persona y que sea necesario remover para que pueda ejercer sus derechos de forma igual al resto de personas de la sociedad. Por lo tanto, deben incluir en sus leyes internas medidas destinadas a estos efectos, además de la prohibición expresa de discriminación fundada en motivos de discapacidad (artículo 5.1 y 5.2 de la CDPD; artículo 4 de la CDPD).

En contraste con la Directiva 2000/78 /CE, la CDPD establece de forma expresa que el incumplimiento por parte de los estados del deber de proporcionar ajustes razonables se considera discriminación. Así lo refleja en su artículo segundo⁶¹ al aportar lo que la Convención considera discriminación por razón de discapacidad. Dicho artículo determina que 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. Determina en su última línea, que esto: « [...] incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables ».

En este artículo, la Convención introduce el concepto de carga desproporcionada o indebida, como el elemento que condiciona la existencia de un ajuste razonable. Como ya se explicó en el capítulo primero, la existencia de carga desproporcionada o indebida es el límite al deber de los estados de adoptar el ajuste razonable, aun cuando su implementación resulta necesario materialmente. En cuanto a la definición de carga excesiva, la CDPD no recoge expresamente ninguna en su contenido, solo reconoce su intervención, existencia y relevancia en relación con los ajustes razonables.

⁶⁰ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly, «Los ajustes razonables para personas con discapacidad en la Unión Europea », revista de estudios europeos, (2018), pág. 39.

⁶¹ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, (2008).

En relación con la conexión de la CDPD y la UE, la Convención ha sido ratificada por la Unión Europea, y firmada (que no ratificada) por los 27 países miembros⁶², de entre ellos 16 la han ratificado. Junto con la UE y sus estados miembros, 120 países más han firmado esta Convención, que se sitúa como un instrumento que establece las normas mínimas para los estados, cuyo cumplimiento lleve a alcanzar esa igualdad y no discriminación. La ratificación llevada a cabo por la UE ha implicado el tener que adaptar su legislación, políticas y demás normas a lo expresado en la Convención. Aquellos estados que hayan ratificado la Convención deberán adoptar medidas en los ámbitos determinados en la CDPD. Estos ámbitos son las materias sobre las que se va a aplicar la Convención y que van a ser objeto de los ajustes razonables.

El ámbito de aplicación material de la Convención está regulado en un primer momento en el artículo 2, donde establece una obligación genérica de cumplir por parte de los estados, refiriéndose como materia a todos los derechos humanos y libertades fundamentales. En adición, a lo largo del texto de la Convención se hace referencia expresa a algunos ámbitos, que abarcan entre otras: el empleo, la educación, la libertad y seguridad de la persona o la libertad de desplazamiento y nacionalidad. Sin embargo, a pesar de estar reflejados los ámbitos de forma tan poco clara y concisa, siguen produciendo obligaciones para los estados, en base a las normas generadoras de obligación recogidas en los artículos 5 y 2 de la CDPD.

2.2. La Directiva 2000/78 del CE.

Los ajustes razonables dirigidos a las personas con discapacidad dentro del ámbito europeo son introducidos por la Directiva 2000/78/CE el Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁶³. Como bien su nombre dice y se ha explicado en el apartado anterior del presente trabajo, la regulación que ofrece la Directiva se limita únicamente al ámbito del empleo y la ocupación, sin recoger el resto de ámbitos (como la educación o el acceso al suministro de bienes y servicios). Los sujetos beneficiarios de su regulación son las

⁶² COMISIÓN EUROPEA. IP/11/4. « La Unión Europea ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad », comunicado de prensa, Bruselas, 5 de enero de 2011.

⁶³ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357>

personas con discapacidad⁶⁴, y los sujetos a los que se les impone la obligación de adoptar las medidas de adecuación necesarias son los empleadores, vinculando esta obligación tanto en el sector público como en el sector privado⁶⁵, incluyéndose los organismos públicos.

La Directiva es una clase de norma comunitaria que establece un contenido de carácter obligatorio en forma de objetivos que deben cumplir los estados miembros de la Unión Europea, sin embargo deja a opción de cada estado la elección de la forma de transposición de su contenido al ámbito interno y los medios a utilizar para alcanzar los objetivos determinados. Por lo tanto la Directiva 2000/78/CE únicamente va a vincular a los estados comunitarios. A estos les va a imponer de manera obligatoria la adopción en su legislación interna de las medidas de adecuación necesarias (ajustes razonables) únicamente en el ámbito del empleo y la ocupación (en relación con las personas con discapacidad). La Directiva busca armonizar las legislaciones comunitarias⁶⁶, pero no unificarlas. Todos y cada uno de los estados europeos están obligados a incorporar esta directiva dentro de su legislación interna y a adoptar ajustes razonables en relación con el empleo y la ocupación para las personas con discapacidad, pero cada uno de ellos es libre para decidir ampliar esa protección a otros ámbitos⁶⁷, como la educación, amparándose en la CDPD (cuyo ámbito material es más amplio). España al formar parte de la UE no fue excepción, así, se incorpora en su momento esta directiva en nuestro ordenamiento jurídico interno⁶⁸ a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, como se verá posteriormente.

En el caso de que la legislación interna antidiscriminatoria de un estado ofreciese una mayor protección que la proporcionada por esta Directiva, no podrá utilizarse como pretexto la adopción de esta para reducir la protección ya ofrecida anteriormente (artículo 8.2 Directiva 2000/78/CE).

⁶⁴ FERRI, Delia; LAWSON, Anna, (2016), op cit, pág. 54.

⁶⁵ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly, (2018), op cit, pág. 40.

⁶⁶ Se puede observar la certeza de esta afirmación en las diferentes formas en las que los estados comunitarios han regulado en su legislación interna la protección de las personas con discapacidad, (capítulo 3).

⁶⁷ CAYO PÉREZ BUENO, Luis, op cit, pág. 9.

⁶⁸ *Ibidem*.

La Directiva 2000/78/CE nace como un instrumento dirigido a lograr la igualdad de trato para todas las personas en el ámbito del empleo y la ocupación en todos los estados miembros de la UE. Por ello todas sus normas están dirigidas a evitar y eliminar la discriminación que pueda sufrir una persona en este ámbito por causa de la discapacidad que adolece, o por razón de su edad, convicciones u orientación sexual⁶⁹ (aunque en lo que a este trabajo se refiere, nos centraremos únicamente en las personas con discapacidad).

Como ya se mencionó anteriormente, los ajustes razonables son el medio para evitar la discriminación de las personas con discapacidad. Es por ello que la Directiva se centra en regularlos de forma dirigida específicamente al ámbito del empleo, recogiendo en su artículo 5 una especie de definición poco clara de ajustes razonables, pero que contiene los elementos esenciales de la noción y concuerda en rasgos generales con la definición de la CDPD. Dicho artículo, refiriéndose a los ajustes razonables, dice así: « [...] Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario ».

Tal como se observa en el texto, la Directiva define los ajustes razonables como aquellas medidas de adopción obligatoria para el empresario, adecuadas para lograr que la persona con discapacidad pueda acceder al empleo, a la formación, y al progreso y participación profesional, sin que la existencia de una discapacidad pueda ser un obstáculo o impedimento para ello. Por lo tanto son medidas que se adaptan a las necesidades del caso concreto y que tienen como función remover los obstáculos que existiesen, que impedirían a la persona de no eliminarse, acceder a las cuestiones mencionadas en el artículo y se vería vulnerado el principio de igualdad.

Sin embargo este deber por parte del empresario tiene un límite, que es la existencia de adoptarse tal medida, de una carga excesiva para el empresario. En relación con el concepto de carga excesiva en la Directiva 2000/78/CE, no existe ningún artículo ni norma dentro de esta que aporte una definición⁷⁰, sin embargo ofrece una especie de concepto en su “considerando nº 21”, determinando que se tendrá en cuenta para advertir su existencia

⁶⁹ Artículo 1 Directiva 2000/78/CE.

⁷⁰ FERRI, Delia; LAWSON, Anna, (2016), op cit, pág.53.

una serie de circunstancias consistentes en los costes que conlleven al empresario (financieros o de otra clase), las condiciones de la empresa (su tamaño, recursos y nivel de negocios) y la existencia o no de ayudas públicas a favor del empresario. Sobre la última circunstancia que determina la existencia de carga desproporcionada, el artículo quinto establece (literalmente) que la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidad. A pesar de que es claro que existe carga desproporcionada cuando la adopción del ajuste conlleve costes financieros significantes para el empresario, la Directiva no ofrece ningún tipo de pauta que determine cuando un coste es considerado como tal a estos efectos, ni cuáles son los costes no financieros que pueden dar lugar a la carga excesiva⁷¹; dejándose esta tardea de determinación a las legislaciones internas de los estados de la UE.

Existen dos cuestiones relevantes a destacar en relación con la regulación de la Directiva 2000/78/CE. La primera es el hecho de que, a pesar de que dedica un artículo entero a la existencia de discriminación, no considera en su contenido el incumplimiento del deber de adopción de ajustes razonables por el empresario como una discriminación⁷² (a diferencia de lo que sucede en la CDPD como ya observamos). Es de gran relevancia este hecho porque al no contemplarse como tal en la Directiva, los estados de la UE no están obligados a considerar este incumplimiento como tal. Esto ha dado lugar, como veremos posteriormente, a diversas opiniones de los países, habiendo algunos que no lo contemplan como discriminación. La no consideración del incumplimiento del deber de adoptar ajustes razonables por parte del empresario es una contradicción clara a la CDPD, es por ello que el TJUE se ha decantado por interpretar la Directiva tomando en cuenta la CDPD y expresando que el deber de adoptar ajustes razonables en materia de empleo y ocupación entra dentro del deber antidiscriminatorio general que se impone en la Directiva.

El segundo hecho o cuestión relevante, es la no definición por parte de la Directiva de la persona con discapacidad⁷³. A diferencia de la CDPD, que ofrecía un concepto relativamente claro, la Directiva no recoge ninguna clase de pauta o aclaración. Esto de

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² FERRI, Delia; LAWSON, Anna, (2016), *op cit*, pág. 52.

⁷³ FERRI, Delia; LAWSON, Anna, (2016), *op cit*, pág. 54.

nuevo ha influido en la situación de los estados de la UE, en los que coexisten diversas posiciones⁷⁴. Ante este hecho, el TJUE decidió reaccionar proporcionando una definición de discapacidad, que salió a la luz dentro de la resolución del mencionado tribunal, Asunto C-13/05 de 11 de Julio de 2006. Esta Resolución tiene como origen el planteamiento de una cuestión prejudicial por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, y trata el conflicto entre Sonia Chacón Navas y *Eurest Colectividades, S.A.*⁷⁵. En este conflicto se discute acerca de si la enfermedad de la demandante puede considerarse discapacidad (y por tanto entrar dentro del marco general de aplicación de la Directiva 2000/78 del CE) o no procede considerarse como tal. El planteamiento de la enfermedad como posible discapacidad tiene cabida debido a que una enfermedad es susceptible de producir deficiencias en la persona o consecuencias que pueden limitar la actividad, lo cual según la CIF se considera discapacidad. El segundo punto a determinar por el Tribunal, dependiente del primero, es si el despido realizado al demandante por causa exclusiva de su enfermedad prolongada puede considerarse discriminación por motivos de discapacidad. En definitiva lo que realiza el TJUE es un análisis de la Directiva comunitaria y de su ámbito de aplicación.

Debido a que la Directiva 2000/78 del CE no ofrece una definición y tampoco remite la competencia de forma expresa a los estados miembros en esta cuestión, el TJUE decidió dar en la mencionada resolución, una definición propia de discapacidad, a efectos de la discriminación y los ajustes razonables. Así, la define como: « una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional », aclarando el Tribunal que la limitación necesariamente debe presentar una prolongación larga en el tiempo, siendo este el criterio que diferencia discapacidad de enfermedad. Por lo tanto, ambas definiciones (la proporcionada por la CDPD y la del TJUE) incluyen como criterio determinante la larga duración.

La primera definición aportada por el TJUE⁷⁶ presentaba algunas diferencias respecto a la definición de la CDPD, por ello cuando la UE se constituyó como parte de la CDPD, el TJUE decidió proporcionar una nueva definición más acorde con la norma internacional, y que constituye la definición actual de este órgano comunitario. Así, define de nuevo la

⁷⁴ Véase el capítulo 3.2.

⁷⁵ AGUSTÍ MARAGALL, Joan, Barcelona, op cit, pág. 7.

⁷⁶ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly, (2018), op cit, pág. 42.

discapacidad en su Sentencia de 11 de Abril de 2013, como consecuencia del planteamiento de una cuestión prejudicial por el Sø- og Handelsretten (Dinamarca), y que trata el conflicto entre *HK Danmark*, en representación de Jette Ring, y *Dansk almennyttigt Boligselskab* (asunto C-335/11)⁷⁷, y entre *HK Danmark*, en representación de *Lone Skouboe Werge*, y *Dansk Arbejdsgiverforening*, en representación de *Pro Display* (asunto C-337/11)⁷⁸. La cuestión prejudicial principal de las planteadas en el apartado 26 de la Sentencia es si la trabajadora se puede considerar o no como adolecida con discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78 del CE, ya que solo está en una situación en la que a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar cabo su trabajo, o sólo puede hacerlo en medida limitada, durante un período de tiempo. Interpretándose esta cuestión, en el marco de un diagnóstico médico de enfermedad incurable.

El TJUE, teniendo en cuenta que la Directiva 2000/78 debe interpretarse a la luz de la CDPD, aporta una nueva definición con el objetivo de solucionar las cuestiones prejudiciales planteadas, concibiéndola como «una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores»⁷⁹. A pesar de ser una solución menos restrictiva que la anterior pronunciada en el año 2006, sigue sin alcanzar la amplitud de ámbito de la definición de la CDPD, pues somete la consideración de una limitación como discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78 a la condición de que se cumpla la circunstancia de impedir esta la participación plena y efectiva en el empleo en condiciones de igualdad con el resto de personas trabajadoras.

Dentro de la categoría de empleo y ocupación, la Directiva 2000/78/CE y el deber de adopción de ajustes razonables que está impone a los empleadores, se va a aplicar en los siguientes ámbitos (artículo 3): en el acceso al empleo o a la actividad profesional correspondiente, en las condiciones que se les impongan para acceder al empleo o a la actividad profesional y en las que se les impongan en el propio desempeño del puesto de trabajo (incluidos despido y remuneración), y en la afiliación o participación a las diversas organizaciones, incluyéndose las prestaciones que se concediesen por la organización.

⁷⁷ AGUSTÍ MARAGALL, Joan, Barcelona, op cit, pág. 9.

⁷⁸ Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=136161&doclang=ES>

⁷⁹ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly, (2018), op cit, pág.42.

El artículo 5 de la Directiva, cuando regula los ajustes razonables no aclara en la norma cuales son los elementos que permiten distinguir un ajuste razonable⁸⁰. Sin embargo proporciona una guía o pautas para determinar el significado en su “considerando” número 20, que determina: «Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre». Por lo tanto, si interpretamos lo contenido en esta disposición, un ajuste será razonable cuando la medida de adecuación en la que consista sea eficaz para conseguir la participación de la persona con discapacidad en el empleo y en el resto de las actividades, sin que la discapacidad sea un impedimento. El “considerando” número 20 también ofrece una lista ejemplificativa de lo que puede consistir un ajuste razonable.

En relación con el deber de no discriminación en el ámbito del empleo y ocupación de las personas con discapacidad previsto en la Directiva, esta determina una única excepción en relación con el acceso a las fuerzas armadas⁸¹. Permitiendo a los estados de la UE discriminar en el acceso, por razón de la discapacidad o de la edad.

La Directiva 2000/78/CE no hace referencia alguna a las consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de implementar ajustes razonables, remitiendo esa tarea a los estados miembros, por lo que en este sentido nos encontraremos con diferentes soluciones posibles según el estado concreto.

Con la finalidad de concluir el análisis de este instrumento normativo, cabe mencionar un asunto interpretativo que se ha planteado⁸² en relación con el titular de los beneficios que conlleva esta Directiva. Se ha planteado la duda de la aplicación de lo contenido en la directiva, es decir, si se podría adoptar un ajuste razonable, para aquel sujeto que no adoleciendo de discapacidad alguna, ha sufrido una discriminación por su relación con una persona con discapacidad (como puede ser el caso del sujeto que asiste a la persona con discapacidad). Aunque sobre esta cuestión no ha habido aun pronunciamientos al respecto, en razón a el artículo quinto de la directiva es muy difícil que pueda permitirse ampliar la

⁸⁰ FERRI, Delia; LAWSON, Anna, (2016), op cit, pág. 52.

⁸¹ Artículo 3.4 de la Directiva 2000/78/CE.

⁸² FERRI, Delia; LAWSON, Anna, (2016), op cit, pág. 55.

protección a estos sujetos, ya que el artículo dice expresamente persona con discapacidad, sin tener intención por lo que se deduce de dar cabida a otro tipo de figuras.

3. AJUSTES RAZONABLES. SU IMPLEMENTACIÓN POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA.

El presente apartado tiene como objetivo ilustrar de forma comparativa cómo ha tenido lugar en la realidad la aplicación de la CDPD y la Directiva 2000/78 del CE en los diversos países comunitarios desde los diferentes puntos de vista del ajuste razonable (material, personal), incluyéndose su contenido y las consecuencias previstas en el caso de su incumplimiento.

3.1. Ámbito de aplicación material

La CDPD prevé la realización de ajustes razonables para todos los aspectos que abarcan los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad enunciados en ella. Este texto legal ha sido ratificado por la Unión Europea como parte y esto derivó en el nacimiento de la Directiva 2000/78 del CE como norma de carácter imperativo que plasma lo establecido en la norma internacional, pero solo circunscritos esos ajustes razonables al ámbito del empleo y de la ocupación.

Esto ha tenido como consecuencia una heterogeneidad entre las legislaciones nacionales de los Estados de la Unión Europea en materia de ajustes razonables para las personas con discapacidad. Esto se debe a que cada país tiene la facultad de optar por limitar la protección, los ajustes razonables, únicamente al ámbito del empleo; o ampliar la regulación de los ajustes razonables para ámbitos diferentes y adicionales al de la Directiva comunitaria, como ya se explicó anteriormente. Se ha de tener en cuenta al efecto de hablar de la protección otorgada por los países de la Unión Europea, que Islandia y Noruega no son estados comunitarios, y por tanto quedarán excluidos de este análisis, aunque ambas prevén en sus legislaciones ajustes razonables dirigidos a las personas con discapacidad.

Así nos vamos a encontrar diferentes escalones o categorías de protección de las personas con discapacidad en la Unión Europea, ya que en base a lo explicado cada país puede

elegir el nivel de protección que desea proporcionar. Coexistiendo desde los países más restrictivos en su legislación interna, (que únicamente se limitan a regular esa protección, esos ajustes, en relación con el empleo y la ocupación) hasta los países cuya protección es más extensa. Esta capacidad para regular de diferente forma a decisión de los estados, ha planteado un posible conflicto con la propuesta de Directiva de 2 de julio de 2008 que recoge la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas, incluidas aquellas personas con discapacidad, no limitándolo únicamente al empleo y la ocupación; sino también a la seguridad social, a la asistencia sanitaria, a la educación y al suministro de bienes y servicios (artículo 3)⁸³. Al propugnar esta propuesta de directiva la igualdad de trato entre las personas, la existencia de diferentes modelos de protección en la UE contradeciría la igualdad y unidad de trato propugnada por esta. Sin embargo esta propuesta no ha sido aceptada por los estados comunitarios, no ha tenido éxito, y por tanto no están obligados a tal unidad.

No obstante, no solo hay diferencias en relación con la materia a la que se van a dirigir los ajustes razonables por parte de los estados de la Unión Europea, sino también acerca de la forma en la que se han introducido estos ajustes en las legislaciones internas estatales. Con la finalidad de mostrar un análisis más adecuado y realista, la comparativa entre los estados de la Unión Europea acerca de esta cuestión se enfocara hacia el ámbito de los ajustes relativos al empleo y la ocupación, pues es el contenido básico al que obliga la Directiva comunitaria 2000/78 del CE, y por tanto aquel común a todos ellos. Así nos vamos a encontrar con estados que han recogido los ajustes razonables en la genérica legislación antidiscriminatoria⁸⁴, donde se regula la discriminación en general y que abarca las diferentes clases de esta. Los países de la Unión Europea que adoptan esta postura son Dinamarca, Estonia, Finlandia, Irlanda, Grecia, Letonia y Reino Unido. En segundo lugar nos encontramos un grupo de países comunitarios que han creado una legislación específica relativa a la discapacidad donde han incorporado los ajustes razonables tomando de base los determinados en la Directiva comunitaria⁸⁵. Estos países son: Austria, Hungría, Polonia, Rumania, Países Bajos, Eslovenia y España. Por último, un tercer grupo de países⁸⁶ que han regulado los ajustes razonables para las personas con discapacidad en forma de conexión e interrelación de diferentes normas estatales, relacionando la

⁸³ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly, (2018), op cit, pág. 41.

⁸⁴ FERRI, Delia; LAWSON, Anna, (2016), op cit, pág.56 y 57.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

regulación genérica estatal antidiscriminatoria con legislación específica en materia de discapacidad. A este tercer grupo pertenecen: Croacia, República Checa, Luxemburgo, Malta y Eslovaquia.

A continuación procede analizar cuáles son las materias que abarcan los ajustes razonables en los estados de la UE. Los estados comunitarios se basan, a la hora de determinar el ámbito material de los ajustes razonables en la Directiva 2000/78/CE, y eso es porque obliga a todos los estados comunitarios, tanto en el sector público como en el sector privado, a implementar medidas (ajustes razonables) para lograr la igualdad en el empleo y la ocupación en relación con las personas con discapacidad, incluyéndose dentro de la protección básica que otorga esta, el acceso a la formación profesional y a todos los tipos y niveles de orientación profesional, y la afiliación y participación en organizaciones de empleadores y de trabajadores (Artículo 3.1 de la Directiva 2000/78 del CE). Sin embargo existe una matización en este sentido, ya que la Directiva comunitaria permite a los estados de la UE excluir de forma voluntaria y discrecional lo establecido en esta norma para el acceso a las fuerzas armadas de las personas con discapacidad⁸⁷. Es decir, permite la posibilidad de que se deniegue el acceso a las fuerzas armadas a una persona tomando de razón la existencia de una discapacidad, y también por razón de la edad (Artículo 3.4 de la Directiva 2000/78 del CE). Por lo tanto dependiendo del estado en concreto, podemos encontrar que en la legislación interna se ha contemplado el acceso a las fuerzas armadas como excepción a la prohibición de discriminación en el acceso al empleo y la ocupación por razón de discapacidad, que se aplica en el resto de ámbitos laborales estatales. O bien por el contrario, que el estado ha optado por no excluir la protección de la directiva del ámbito de las fuerzas armadas.

Alemania, Francia, Italia, Reino Unido, Grecia, Irlanda o Dinamarca son algunos de los países comunitarios que han contemplado esta excepción⁸⁸, entre ellos también se encuentra España. En otros estados no se prevé esta excepción de acceso a las fuerzas armadas para las personas con discapacidad de forma explícita, sino que ese derecho de acceso se reconoce y se somete a una serie de requisitos previstos en la legislación interna. Es el caso de Portugal, Rumanía, Estonia, o Hungría. Finalmente hay un grupo de países

⁸⁷ Artículo 3.4 de la Directiva 2000/78/CE.

⁸⁸ FERRI, Delia; LAWSON, Anna, *Reasonable accommodation for disabled people in employment. A legal analysis of the situation in EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2016. Pág. 59.

representados por Austria, Finlandia, Luxemburgo y Países Bajos, que si que someten el acceso a las fuerzas armadas a ajustes razonables para las personas con discapacidad⁸⁹.

Desde el punto de vista de las materias sobre las que se han establecido ajustes razonables para las personas con discapacidad podemos distinguir, a través de un análisis comparativo entre todas las legislaciones comunitarias existentes, tres grupos de estados⁹⁰. En primer lugar, los países cuya protección es más dispar y en algunos más restrictiva, estos últimos son aquellos que sólo prevén ajustes razonables únicamente para el ámbito del acceso al empleo y la ocupación. Los estados pertenecientes a este grupo son: Dinamarca, Lituania, Estonia, Polonia, Rumanía e Italia. En segundo lugar existen un conjunto de estados que además de prever ajustes razonables en materia de empleo y ocupación, la amplían al ámbito de la educación. Es el caso de Suecia, Finlandia, Hungría y Bulgaria. Por último, aquel grupo de países que ofrecen una protección más extensiva, implementando ajustes razonables para lograr la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en otros ámbitos además del empleo y la ocupación, como son en materia de suministro de bienes y servicios (transporte, telecomunicación, sanidad o SS), y en materia de vivienda. Estos estados son Países Bajos, Croacia, República Checa, Francia, Eslovaquia, Eslovenia, Chipre y España.

En relación con Italia, mencionar como ejemplo de conflicto en razón de la existencia de una discriminación por razón de discapacidad, la Sentencia de la Suprema Corte no.17867/2016, *DNC CF v. Honeywell Garret SPA*⁹¹. Esta trata un conflicto existente entre un trabajador con discapacidad contratado a corto plazo con el correspondiente empleador privado, cuyo objeto es determinar la existencia de una discriminación hacia las personas con discapacidad. El hecho que conduce a la reclamación del demandante es que el empleador no ha aportados justificación suficiente y adecuada que explique la determinación del contrato del reclamante como de duración a corto plazo, estando obligado todo empleador por las leyes italianas (Decreto Legislativo no. 368/2011) a aportar una razón expresa al determinar un contrato como a tiempo fijo (en este caso, a corto plazo) del por qué de tal duración. La Suprema Corte concluye determinando como discriminatoria la conducta del empleador ya que no ha proporcionado justas razones, y

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly, (2018), op cit, pág.39.

⁹¹ Disponible en: <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4065-italy-judgment-on-rules-applicable-to-employment-contracts-with-disabled-workers-pdf-137-kb>

aclara que la obligación de alegar justa razón expresa a la hora de determinar un contrato como a tiempo fijo también debe cumplirse para el caso de contratación con personas con discapacidad; ya que establece que de no incluirseles supondría esto una discriminación contra los trabajadores discapacitados según lo establecido en la Directiva 2000/78 del CE y lo establecido en la CDPD. Adicionalmente parece que el empleador únicamente celebra contratos de trabajo con las personas con discapacidad para una duración de corto plazo, denegándoles la posibilidad a las personas con discapacidad en su empresa de contratar a largo plazo sin justa razón. Y por tanto entrando en juego la protección de la Directiva comunitaria y de la CDPD.

Italia, en materia de protección anti-discriminatoria de las personas con discapacidad, parte en su protección con el reconocimiento en la Constitución, de la igualdad y la dignidad ante la ley sin distinciones por motivos de religión, opiniones políticas y condiciones personales, estableciendo como sujeto obligado a eliminar los obstáculos sociales y económicos que limitan la libertad y la igualdad, al Estado. En relación con la educación primaria y secundaria, y el acceso a la vivienda pública, está generalmente aceptado que las leyes italianas sí protegen y previenen de la discriminación directa en este ámbito. También cuentan con gran importancia en materia de regulación antidiscriminatoria de las personas con discapacidad, las Asambleas Regionales Italianas, con la introducción de diversas normas que tratan esta cuestión.

3.2. Ámbito de aplicación personal.

El aspecto personal de los ajustes razonables hace referencia a aquellos sujetos que van a ser titulares de la protección que estos ofrecen, los sujetos beneficiarios. En relación con esta cuestión hay una problemática que gira en torno al concepto de persona con discapacidad y al concepto de trabajador.

Como ya se observó anteriormente en el capítulo segundo de este trabajo, la CDPD ofrece una definición de persona con discapacidad en su artículo primero, entendiendo persona con discapacidad a efectos de la aplicación de los ajustes razonables, como «aquellas personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás», constituyendo una definición que

permite dar cabida a un gran número de diversas situaciones; sin embargo la Directiva comunitaria, que es la norma básica de aplicación en la materia en el ámbito de la UE, no hace mención alguna de definición, con la finalidad de no excluir la aplicación de la Directiva a aquellos posibles sujetos necesitados de su aplicación. Esta falta de definición ha generado confusión dentro del ámbito comunitario, debido a lo cual ha sido necesaria la intervención del TJUE⁹². Así el se pronunció en diversas ocasiones sobre esta materia, adoptando dos definiciones diferentes (ya explicadas anteriormente en el capítulo segundo del trabajo), siendo el punto de inflexión entre una y otra la ratificación como parte de la UE de la CDPD. Lo cual no supuso variación para la Directiva comunitaria, que siguió manteniendo su redacción como hasta entonces, pero sí provocó que el TJUE cambiase su criterio en este punto, variando su concepto de persona con discapacidad hacia una interpretación más amplia para aproximarse más a la definición dada en la CDPD⁹³. Este hecho es de gran importancia debido a la influencia que ostenta el criterio del TJUE sobre los países comunitarios a la hora de determinar en sus legislaciones una definición al respecto.

Como ya vimos, la primera definición de persona con discapacidad proporcionada por el TJUE tuvo que ser adaptada a la CDPD y por ello el tribunal elaboró una segunda definición, que es la que se mantiene actualmente. Determinando que la discapacidad se concibe como «una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores».

A pesar de la existencia de los criterios de la CDPD y del TJUE acerca de la definición de discapacidad, la falta de una definición en la Directiva 2000/78 del CE ha originado que los diversos países comunitarios adopten puntos de vista diferentes en relación con cuando se considera la existencia de discapacidad a efectos de aplicar la Directiva comunitaria, dando lugar a diversas posiciones en relación con esta definición dentro del ámbito de la UE⁹⁴.

También se ha de tener en cuenta en materia de definición de la discapacidad a efectos de la Directiva comunitaria, que dentro del ámbito nacional, la definición de la discapacidad

⁹² FERRI, Delia; LAWSON, Anna, (2016), op cit, pág. 54.

⁹³ Véase capítulo 2.2. La Directiva 2000/78/CE.

⁹⁴ FERRI, Delia; LAWSON, Anna, (2016), op cit, pág. 62.

en algunos estados comunitarios puede presentar varias formas; ya que a efectos de reclamar la adopción de ajustes razonables, el concepto de discapacidad puede ser más limitado o restrictivo en comparación con el que se utiliza para evitar las actuaciones antidiscriminatorias en general⁹⁵.

Por lo tanto, hay dos materias a distinguir en la clasificación de los estados: el carácter más o menos restrictivo de la definición y el modo de existencia de esta en la legislación interna; y por otro lado, la forma de utilización de la definición a los efectos de adopción de los ajustes razonables y a los efectos de la legislación general antidiscriminatoria.

En base a esto podemos clasificar los países comunitarios en tres grupos. En primer lugar nos encontramos con aquellos estados que no cuentan en su legislación interna con una definición propia de discapacidad⁹⁶. Estos países son: Dinamarca, Finlandia y Países Bajos (especialmente se manifiesta esta postura en los dos primeros). Los dos primeros estados mencionados, al no contar con una definición legislativa, la labor de determinación del concepto corre a cargo de la jurisprudencia de los tribunales estatales. Han decidido así adoptar la definición proporcionada por el TJUE en la mencionada Sentencia de 2013. Por otro lado la jurisprudencia de ambos países (a diferencia de lo que sucede en otros estados comunitarios) no establece generalmente diferencias de definición de discapacidad a los efectos de reclamación de ajustes razonables y de reclamación de protección ante la discriminación por razón de discapacidad. En Países Bajos la legislación interna enuncia únicamente que la discapacidad y las enfermedades crónicas son susceptibles de ser causa de discriminación, pero no se contempla definición alguna de discapacidad. Sin embargo se ha observado una tendencia hacia una interpretación amplia del concepto, más aproximada a la establecida por la CDPD.

En segundo lugar, aquellos estados comunitarios que cuentan en su legislación interna con una definición de discapacidad que se encuentra introducida en las leyes internas generales antidiscriminatorias, o que adoptan una definición procedente de otra ley y esta es utilizada como punto de partida de la protección contra la discriminación y como definición a los efectos de regular los ajustes razonables⁹⁷. Respecto del carácter de la definición de discapacidad como tal, de entre los estados pertenecientes a este segundo grupo, hay

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ FERRI, Delia; LAWSON, Anna, (2016), *op cit*, pág. 62.

⁹⁷ FERRI, Delia; LAWSON, Anna, (2016), *op cit*, pág. 63.

algunos, entre los que se incluyen Italia; Suecia; Austria; Reino Unido; y Polonia, en los que la definición de discapacidad es más cerrada que la proporcionada por la CDPD.

Todos ellos tienen en común que la definición de discapacidad adoptada es la misma tanto para los efectos de la legislación antidiscriminatoria general como para la adopción de los ajustes razonables, al igual que sucede en Dinamarca y Finlandia. Es el caso de Grecia, Italia, Irlanda, Polonia, Portugal, Suecia, Rumania, España, Reino Unido, Austria, Bélgica y República Checa.

Por último, existe un grupo de países que, en relación con el carácter de la propia definición de discapacidad, han adoptado un concepto en su legislación más orientado hacia la definición propuesta por el TJUE, que toma como punto de criterio la interacción en el ámbito del empleo respecto del resto de las personas de la sociedad⁹⁸. Es el caso de países como Malta, Grecia o España.

En relación con la definición aplicable, a los efectos de optar a la protección proporcionada por los ajustes razonables, hay un tercer grupo de países comunitarios que consideran de diferente forma la discapacidad necesaria para optar a los ajustes razonables, de la discapacidad que se tiene en cuenta en la legislación antidiscriminatoria⁹⁹. Estos estados, del concepto de discapacidad previsto para la legislación antidiscriminatoria extraen una definición más restrictiva de discapacidad, que es la que será de aplicación a la hora de beneficiarse del ajuste razonable. De tal manera que las personas con discapacidad que pueden optar a la protección del ajuste razonable no son las mismas que tienen cabida en la legislación general antidiscriminatoria. Los países comunitarios que adoptan esta posición de forma más clara son: Alemania, Francia y Croacia.

Otro concepto que presenta diferencias de definición en el ámbito europeo, y cuya determinación es relevante a efectos de la protección de las personas con discapacidad, es el concepto de trabajador.

La definición base generalmente aceptada por los estados miembros de la Unión Europea es la proporcionada por la jurisprudencia del TJUE¹⁰⁰, que concibe el trabajador como cualquier persona que desempeña una determinada actividad económica bajo la dirección

⁹⁸ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly, (2018), op cit, pág. 43.

⁹⁹ FERRI, Delia; LAWSON, Anna, (2016), op cit, pág. 65

¹⁰⁰ Como ejemplo, véase la Sentencia del TJUE del año 2004, para el caso C-138/02, Collins, ECR I-02703.

de otro sujeto, y a cambio de la cual recibe una remuneración. Por lo tanto, en base a esta norma general, los trabajadores autónomos con discapacidad no podrían ser beneficiarios de los ajustes razonables previstos en la legislación. Sin embargo, esta norma general en la práctica no es uniforme, porque en la realidad cada estado ha realizado una serie de matizaciones a esta regla. Como por ejemplo Francia, en relación con los auxiliares de justicia¹⁰¹; Así como hay Estados que consideran trabajadores a efectos de los ajustes razonables, a los voluntarios y los trabajadores no remunerados¹⁰² (como Finlandia y Francia); y otros estados que no los consideran como tal (como Alemania o Portugal). En definitiva, la definición de trabajador en relación con los ajustes razonables varía en función del Estado comunitario, aunque es común a todos los estados la consideración, como trabajador, de las personas con discapacidad candidatas a puestos de empleo, sujetos en prácticas y personas con discapacidad inscritos en programas de formación profesional. En el caso concreto de España, los voluntarios y las personas trabajadoras no remuneradas no se consideran por regla general trabajadores a estos efectos, sin embargo esta cuestión es susceptible de matizarse en virtud de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas¹⁰³.

3.3. Contenido de los ajustes razonables. La carga excesiva.

El contenido de los ajustes razonables son concretas medidas de modificación y de adaptación, que varían en función del caso y de las necesidades que se presenten. Como se ha explicado en apartados anteriores, tanto la CDPD como en la Directiva 2000/78/CE (en sus artículos 4 y 5 respectivamente), los estados (y en el caso de la Directiva, los empleadores) se comprometen a la adopción de ajustes razonables, como medio para garantizar la igualdad de condiciones de las personas con discapacidad en relación con el resto de personas, en el goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales; y más concretamente en el caso de la Directiva, para conseguir la igualdad de trato en el acceso y desempeño del empleo. Sin embargo estas medidas que constituyen el ajuste razonable, consistentes en modificaciones y adaptaciones, deben estar inspiradas en un criterio: la

¹⁰¹ FERRI, Delia; LAWSON, Anna, (2016), op cit, pág. 60.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ FERRI, Delia; LAWSON, Anna, (2016), op cit, pág. 61.

existencia de razonabilidad en el ajuste (en la medida). Y están sujetas a un límite en su contenido o carácter: que estas no conlleven una carga desproporcionada o indebida.

La problemática nace a la hora de determinar cuándo un ajuste puede considerarse razonable. Como ya se especificó, la Directiva comunitaria no recoge en su texto una definición exacta de la razonabilidad a estos efectos, como tampoco la CDPD. Como se observó¹⁰⁴, la Directiva 2000/78 se limita a determinar sin mayores especificaciones, que la medida se considerará razonable cuando esta (teniendo en cuenta las necesidades del caso concreto) permita a la persona acceder al empleo, desempeñar el puesto de trabajo y acceder a una formación, con la finalidad de lograr una igualdad de trato hacia la persona con discapacidad, y sin que esta medida pueda suponer una carga excesiva para el empleador. El carácter abierto de la definición proporcionada por la Directiva 2000/78 ha tenido como consecuencia la diversidad de definiciones en cuanto a lo que la razonabilidad se refiere, en el ámbito de los Estados miembros de la Unión Europea.

Así en relación con el punto de vista que aportan los diversos Estados de la UE sobre el contenido de los ajustes razonables, es necesario el estudio de una doble cuestión. En primer lugar determinar los tipos de ajustes razonables existentes, y en segundo lugar, exponer las diferentes concepciones de razonabilidad del ajuste, de cada estado.

A rasgos generales se distinguen dos clases de ajustes razonables¹⁰⁵: aquellos que constituyen medidas de carácter técnico, (como es la instalación de rampas y ascensores, la instalación de lupas en la pantalla del ordenador o la instalación de terminales que cuenten con código braille, entre otras), y aquellos que consisten en medidas de organización, como son la flexibilización del horario de trabajo, permitir el teletrabajo, el cambio a otro puesto de trabajo más adecuado, o el traslado a otra oficina. También se incluyen en esta última clasificación, los permisos de ausencia del trabajo para acudir a las rehabilitaciones periódicas del sujeto, si estas existiesen¹⁰⁶.

Por tanto, los ajustes razonables no solo abarcan la instalación de aparatos o las modificaciones mobiliarias, sino también medidas de organización destinadas a lograr un nivel adecuado de desarrollo de estas personas en el puesto de trabajo. En este sentido se pronunció la Suprema Corte de Polonia en su Sentencia de 12 de Mayo de 2011, que de

¹⁰⁴ Véase capítulo 2 apartado segundo. La Directiva 2000/78 del CE.

¹⁰⁵ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly, (2018), op cit, pág. 44.

¹⁰⁶ FERRI, Delia; LAWSON, »Anna, (2016), op cit, pág. 72.

forma adicional estableció como necesario a la hora de considerar una medida como ajuste razonable, el tener en cuenta lo establecido en la Directiva 2000/78 del CE, en concreto en su consideración n°20, que prevé la adaptación de las pautas de trabajo y la asignación de funciones, como ejemplos de posible medida necesaria a adoptar¹⁰⁷.

Muchos de los estados de la Unión Europea se basan en la vigésima consideración de la Directiva 2000/78 del CE para elaborar una lista de ajustes razonables, que constituyen una enumeración abierta, como Irlanda, Malta o Rumania. Siempre teniendo en cuenta su adopción para cada caso concreto y la necesidad de que estos sean apropiados.

Los ajustes razonables de carácter técnico, no tienen porque consistir siempre y en todo caso en modificaciones o adaptaciones técnicas específicas para personas con discapacidad, sino que pueden consistir en medidas comunes, cuando esa medida general sea necesaria para una persona con discapacidad¹⁰⁸. Si la medida es necesaria debido a la discapacidad de la persona, aunque no consista en una modificación o adaptación específica para este colectivo, es susceptible de considerarse ajuste razonable. Un ejemplo práctico de esta posición proviene de los tribunales de Grecia, donde tuvo lugar un conflicto¹⁰⁹ en razón a la reclamación por parte de un empleado desempeñaba el puesto de profesor en un colegio y que contaba con esclerosis múltiple del sistema nervioso, debido a lo cual necesitaba mantenerse en ambientes con temperatura fría o baja, y por ello necesitaba de la instalación en las aulas de aire acondicionado. En este caso se determinó que la instalación del aire acondicionado podía constituir un ajuste razonable necesario, a no ser que se considerase carga excesiva, debido al coste de financiación que supondría. Por lo tanto una medida común no específica para las personas con discapacidad, como es la instalación de un aire acondicionado en el lugar de trabajo, puede llegar a considerarse ajuste razonable. Las medidas relacionadas con el transporte al lugar de trabajo, entre algunas otras, también se consideran ajustes razonables de carácter técnico.

Numerosas decisiones judiciales de los diferentes Estados de la Unión Europea han aclarado el carácter de ajuste razonable de diversas medidas en relación con el empleo y la ocupación. En materia de ajustes razonables de carácter organizativo existe una problemática a la hora de llevar a cabo la modificación organizativa que se debe proveer

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ FERRI, Delia; LAWSON, »Anna, (2016), op cit, pág. 71.

¹⁰⁹ *Ombudsman case no. 190405/2014, on 25 of February , 2015.*

para adecuar el ambiente a una persona con discapacidad. Lo relevante a la hora de llevar a cabo una modificación organizativa es determinar si esta es de tal carácter que peligraría, de adoptarse, la naturaleza del puesto de trabajo. En ese caso no podría considerarse como “acomodación” sino como modificación del propio puesto de trabajo¹¹⁰. En este sentido mencionar la Decisión de la Suprema Corte de Polonia PK 218/11 de 12 de Abril de 2012, o la decisión del Reino Unido en el caso “*Archibold v Fife*” (el trabajador sufre una discapacidad sobrevenida que le impide seguir desempeñando de forma adecuada su puesto de trabajo, por lo que se plantea la necesidad de traslado a otro puesto por parte del empleador).

A estas dos clases generales de ajustes razonables se le añaden otras como la adopción de medidas de sensibilización, o permitir que la formación la reciba la persona de forma oral, cuando está previsto proporcionarla inicialmente por escrito¹¹¹.

En relación con la opinión de los diferentes Estados comunitarios del significado de “razonable” cuando se habla de las medidas adecuadas a adoptar para las personas con discapacidad, encontramos diversas posiciones. En primer lugar un grupo de estados, que constituyen la mayoría, que ligar la definición de razonable a los costes económicos, en definitiva, a que la medida no conlleve costes o dificultades excesivas¹¹². Este es el caso de Alemania o de Finlandia. En segundo lugar, aquel grupo de países que ligan el concepto de ajuste razonable a la eficacia de la medida, de tal forma que si la acomodación es efectiva para satisfacer la necesidad del caso, se considerará razonable¹¹³, siendo estos: Francia, Irlanda y Países Bajos. Por último hay una serie de países que adoptan una posición mixta de las dos anteriores, entre los que se encuentra España (Además de Reino Unido, Bélgica, Letonia y Grecia).

Mención merece el caso de Italia, que ha modificado su legislación para adaptarla al artículo quinto de la Directiva 2000/78 del CE, introduciendo una adicional disposición a su Decreto Legislativo 216/2003¹¹⁴. Lo destacable es que; a pesar de la introducción de una nueva disposición, sigue sin determinarse en la norma la definición de ajuste razonable,

¹¹⁰ FERRI, Delia; LAWSON, »Anna, (2016), op cit, pág.73.

¹¹¹ COMISIÓN EUROPEA, Ajustes razonables para las personas con discapacidad. Disponible en: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1473&langId=es>

¹¹² FERRI, Delia; LAWSON, »Anna, (2016), op cit, pág. 70.

¹¹³ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly, (2018), op cit, pág. 43.

¹¹⁴ FERRI, Delia; LAWSON, »Anna, (2016), op cit, pág. 78.

pero en cambio si se establece una nueva norma que determina que, cuando un empleador tenga carácter público y vaya a adoptar un ajuste razonable en relación con una persona con discapacidad, estos deberán realizarlo sin ningún tipo de barrera adicional, y con todos los medios financieros, humanos e instrumentales que se encuentren disponibles.

Como ya se ha mencionado anteriormente, la carga excesiva es el límite de la obligación por parte del empleador de adoptar una medida como ajuste razonable. La primera cuestión a plantearse en relación con la carga excesiva es si esta puede llegar a dejar sin contenido el ajuste razonable, es decir, si la existencia de esa carga puede hacer que aun debiendo llevarse a cabo medidas de adecuación por la existencia de una necesidad de una persona con discapacidad, no se adopte dicha medida (dicho ajuste) por considerar que sobre el empleador u obligado hay una carga que no puede soportar (como ejemplo observado anteriormente de este peligro, cito el caso griego mencionado del profesor con esclerosis múltiple del sistema nervioso). No existe una definición clara de “carga desproporcionada”, aunque dicho termino es utilizado en la CDPD y en la Directiva 2000/78/CE, la última proporciona una aclaración en su considerando vigésimo primero¹¹⁵. De nuevo esto ha generado diferencias en el concepto entre los diversos estados comunitarios. El TJUE ha aclarado en su jurisprudencia que la determinación de la existencia o no de carga excesiva es una labor que compete a los tribunales nacionales estatales, aunque este órgano comunitario tiene la función de proporcionar aclaraciones y facilitar las guías o indicaciones que considere necesarias.

Así encontramos estados que no recogen¹¹⁶ en su legislación interna una definición de carga excesiva o desproporcionada. A pesar de la no existencia de definición de este concepto en las leyes internas de estos estados, la carga desproporcionada para el sujeto que debería realizar la medida sigue teniéndose en cuenta a la hora de adoptar una medida como ajuste razonable. Estos países son Reino Unido y Rumania. En segundo lugar, un grupo de estados comunitarios que sí que prevén la existencia del concepto de carga excesiva en su legislación interna, pero la definición que proporcionan se basa en una serie de pautas o criterios generales según los cuales se considera o no la existencia de una carga excesiva. Algunos de estos países son España, Reino Unido, Republica Checa, Grecia o Austria. Dentro de este segundo grupo hay países que se orientan más hacia los criterios

¹¹⁵ Véase el capítulo 2.2. Disponible dicho «considerando» en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357>

¹¹⁶ FERRI, Delia; LAWSON, »Anna, (2016), op cit, pág. 74.

determinados en el artículo 5 de la Directiva 2000/78 (como Grecia, Portugal o Luxemburgo), y otros toman de base los principios enumerados en el “considerando” número 21 de la misma norma (es el caso de España, Irlanda o Alemania). Por otro lado existe un conjunto de países que se orientan más hacia el criterio más comprensivo con la situación de la persona¹¹⁷, orientado hacia la línea más abierta que constituye en general la CDPD. Algunos de estos estados son: Austria, Eslovenia, o República Checa. Como ejemplo, en el caso de República Checa, además de tener en cuenta para determinar la existencia de carga desproporcionada el coste económico que produciría para el obligado, también se toma en consideración las perturbaciones que pueda producir la medida en las actividades de la persona, y la existencia de otras medidas o ajustes válidos y alternativos que sirvan para cubrir esas necesidades de la persona con discapacidad.

Como ya hemos mencionado, el vigésimo primero considerando de la Directiva 2000/78 del CE identifica una serie de criterios a tener en cuenta a la hora de determinar la existencia de una carga excesiva a la hora de aplicar un ajuste razonable. Los estados han tomado de base este apartado de la Directiva 2000/78 para reflejar la concepción de carga desproporcionada del propio estado. Más concretamente, en función de los criterios que se tienen en cuenta a la hora de determinar la existencia de carga desproporcionada, podemos clasificar los países comunitarios en tres grupos¹¹⁸. Algunos de los estados comunitarios adoptan varios de los criterios mencionados a continuación, y otros se limitan a la adopción únicamente de uno de ellos. En primer lugar, los estados que adoptan como criterio de determinación el coste económico o financiero que supondría la medida. La existencia de este criterio ya ha sido mencionada anteriormente en este apartado en materia de definición de la razonabilidad del ajuste (de la medida). Adicionalmente a los dos estados ya mencionados (Alemania y Finlandia), se encuentran en esta clasificación: Bulgaria, Estonia, República Checa, Irlanda, Malta, España, Eslovenia, Francia, Suecia y Reino Unido. En segundo lugar, hay una serie de estados que adoptan como principio (alguno de ellos, sumándolo a la adopción del criterio anterior) los recursos financieros de la propia empresa u organización que estaría obligado a realizar el ajuste razonable. Estos países son: Austria,

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ CHOPIN, Isabelle; CONTE Carmin; CHAMBRIER, Edith, *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2018. The 28 EU Member States, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Iceland, Liechtenstein, Montenegro, Norway, Serbia and Turkey compared*. Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, (2018), pág. 30.

Estonia, Finlandia, España, Malta, Eslovaquia, Reino Unido y Eslovenia. Por último existe un conjunto de estados que en su legislación interna reconocen a efectos de la aplicación de un ajuste razonable, la posibilidad de acceder a ayudas públicas u otro tipo de asistencia. Estos países son Austria, Finlandia, Francia, España, estonia, Alemania, Grecia, Finlandia, Irlanda, Malta, Polonia, Países Bajos, Portugal, Eslovaquia y Reino Unido. Como podemos observar, España recoge en su legislación los tres criterios mencionados, ofreciendo una protección hacia el empleador (pues toma en consideración los recursos de la propia empresa) y a su vez garantizando la protección hacia la persona con discapacidad, pues busca conseguir proporcionarle esas adecuaciones necesarias, apoyando al empleador con ayudas financieras públicas y otros tipos de asistencia.

Por último en referencia a esta cuestión, mencionar que la Directiva 2000/78 del CE prevé una matización en su artículo quinto. En este determina que cuando la carga que conlleve la adopción de esas medidas de adecuación, sea excesiva para el empleador según los criterios nacionales, pero esta pueda ser cubierta o eliminada de forma suficiente y adecuada por medidas que existan en la legislación interna del estado sobre discapacidad; no se considerará carga excesiva y por tanto el ajuste razonable podrá llevarse a cabo¹¹⁹.

3.4. Consecuencias de su incumplimiento.

Es esencial aclarar, a efectos de la protección de la persona con discapacidad, las consecuencias que se derivan para el caso de que el obligado a realizar un ajuste razonable, ya sea en el ámbito del empleo y la ocupación; o en otros ámbitos determinados nacionalmente.

Hemos de partir de los dos ámbitos normativos esenciales en materia de ajustes razonables para las personas con discapacidad: La CDPD y la Directiva 2000/78/CE. En lo que respecta a la CDPD, esta sí que determina de forma clara que el incumplimiento del deber de realizar un ajuste razonable se considera discriminación directa. Así se observa en el artículo 2 de forma clara, donde lo considera una forma de discriminación entre el resto de las enumeradas. Sin embargo no es la primera vez que la ONU prevé el incumplimiento del deber de adoptar ajustes razonables como una discriminación, ya estaba considerada como

¹¹⁹ Directiva 2000/78/CE. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357>

tal por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General nº5, adicionalmente se pronuncia el Comité del TJUE sobre el incumplimiento de este deber en diversas observaciones finales realizadas en el análisis de los diversos estados comunitarios¹²⁰.

En contraposición con la claridad de la CDPD, la Directiva 2000/78 no se pronuncia al respecto en ningún momento, a pesar de que dedica el artículo 2 entero a la discriminación por motivos de discapacidad, por lo tanto deja abierta la duda de si es considerado el incumplimiento del deber de adoptar ajustes razonables discriminación o no. Esto ha supuesto una vía a la que se han acogido algunos estados europeos para no considerar discriminación esta cuestión (contradiciendo de forma clara la CDPD), aunque la mayoría de países se decanta por la opinión de la CDPD, de tal manera que es casi indiscutible que el incumplimiento de realización de un ajuste razonable procedente constituye discriminación. En el reconocimiento de esos incumplimientos como discriminación por parte de los estados ha tenido un papel el Comité de la CDPD¹²¹, que ha reiterado en diversas ocasiones la relevancia de reconocer estos incumplimientos como discriminación a efectos de que las personas con discapacidad puedan estar adecuadamente protegidas y puedan alcanzar esa igualdad en el goce de los derechos y libertades fundamentales.

A la hora de determinar las diferentes posiciones de los países comunitarios, el criterio de distinción entre unos y otros va a ser la claridad con la que su respectiva legislación interna prevé o no prevé el incumplimiento mencionado como discriminación. Así se dividen los estados comunitarios en dos grandes grupos: aquellos que reconocen en su legislación el incumplimiento del deber de adopción de un ajuste razonable como una discriminación, y aquellos que no lo recogen en su normativa interna como tal.

Como ya hemos mencionado, la mayoría de los países comunitarios consideran el incumplimiento del deber de adoptar un ajuste razonable como discriminación por discapacidad. Dentro de este grupo de países podemos distinguir varios subgrupos¹²². En primer lugar aquellos estados comunitarios que consideran el incumplimiento como uno de los ejemplos de discriminación directa o indirecta, o como una forma más amplia de discriminación, sin que se considere en la legislación como una tipo propio y separado de

¹²⁰ FERRI, Delia; LAWSON, »Anna, (2016), op cit, pág.82.

¹²¹ FERRI, Delia; LAWSON, »Anna, (2016), op cit, pág. 84.

¹²² CARRASQUERO CEPEDA, Maoly, (2018), op cit, pág. 45.

discriminación. Los países que adoptan esta postura son Grecia, Polonia, o Dinamarca (entre otros). El segundo subgrupo son aquellos estados que, a diferencia de los anteriores, sí que contemplan el incumplimiento del deber de adopción del ajuste razonable como un tipo de discriminación propiamente dicho. Entre esos países se encuentra España, cuya situación en este punto se analizará en el capítulo cuarto de este trabajo. Junto a España se encuentran en esta clasificación: Croacia, Finlandia, Irlanda, Reino Unido, Francia y Alemania, entre algunos otros. Los cuatro primeros estados mencionados, junto con España, prevén este incumplimiento de forma expresa como una discriminación dentro de la propia legislación antidiscriminatoria estatal¹²³.

En contraposición al grupo de estados mencionados anteriormente, coexisten otros estados comunitarios que no consideran en su legislación interna el incumplimiento del deber de adopción de ajustes razonables como una clase o forma de discriminación¹²⁴. Es el caso de Italia, Chipre o Eslovenia. Sin embargo, en la práctica sí es común en estos países consideren tal incumplimiento como discriminación. Por último, existen dos estados en los que no se reconoce a ningún efecto el incumplimiento del deber de adopción de un ajuste razonable con discriminación. Dichos países comunitarios son Estonia y Letonia.

Sobre la obligación de realizar ajustes razonables y su incumplimiento, existe numerosa jurisprudencia en el ámbito comunitario. Como ejemplos podemos citar: En el caso de Italia¹²⁵, la Sentencia de la Corte de Bologna de 17 de Junio de 2013¹²⁶ en la que la Corte condena a indemnizar por los daños causados a una mujer a la que se negó a contratar por seis meses el hospital por no ser esta capaz de trabajar debido a la discapacidad que sufría durante los turnos de noche. La corte considera que el hospital debería haber llevado a cabo los ajustes razonables necesarios para adaptarse a la mujer enfermera. Otro ejemplo de discriminación por razón de discapacidad lo proporciona el propio TJUE como consecuencia de una actuación llevada a cabo bajo el ámbito de la legislación española. Es la Sentencia del TJUE, caso C- 270/16 de 18 de enero de 2018¹²⁷, en el que son partes Carlos Enrique Ruiz Conejero contra Ferroserv Servicios auxiliares S.A y Ministerio Fiscal.

¹²³ FERRI, Delia; LAWSON, »Anna, (2016), op cit, pág. 84.

¹²⁴ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly, (2018), op cit, pág. 45.

¹²⁵ CHOPIN, Isabelle; CONTE Carmin; CHAMBRIER, Edith, Luxemburgo (2018), op cit, pág. 29.

¹²⁶ Disponible en: <http://adapt.it/adapt-indice-a-z/tribunale-di-bologna-18-giugno-2013-ordinanza-discriminazioni-fondate-sulla-disabilita-e-rapporto-di-lavoro/>

¹²⁷ AGUSTÍ MARAGALL, Joan, Barcelona, op cit, pág.20.

El caso trata de analizar si el despido de un trabajador con discapacidad con causa de sus ausencias intermitentes en el trabajo por motivos de la enfermedad causada por la discapacidad que adolece, se considera o no discriminación. En el presente conflicto el TJUE analiza la legislación española, más concretamente, el artículo 52 d) del ET, que prevé como posible motivo de despido las ausencias intermitentes al puesto de trabajo. Así determina que el despido por esta causa a una persona en esta situación está situándola en una posición de desventaja respecto al resto por una cuestión que no puede evitar, discriminándola de forma indirecta. Por tanto se posiciona determinando la existencia de discriminación. Otro ejemplo en la materia, que aprecia discriminación directa por razón de discapacidad, es la Sentencia del Tribunal Laboral Belga de 12 de Octubre de 2017¹²⁸. Esta resolución se deriva del hecho de denegación del puesto de trabajo de profesor de aprender a conducir a una persona con motivo único y exclusivo de la obesidad manifiesta que adolece el sujeto. El tribunal considera que, aun no siendo expresamente motivo protegido de discapacidad el tener sobrepeso, al constituir esto un obstáculo para la persona para acceder a obtener un empleo en condiciones de igualdad respecto del resto de trabajadores, tiene la consideración a estos efectos de discapacidad. Como otros ejemplos encontramos la Sentencia del Tribunal laboral de Apelación Inglés de 20 de enero de 2017 UKEAT/0202/16/BA¹²⁹ (que se pronuncia determinando que la obligación de adoptar el ajuste razonable necesario existe incluso cuando no ha sido el ajuste solicitado por el empleado afectado), o la Sentencia del Tribunal Supremo Danés nº305/2016 de 22 de noviembre de 2017¹³⁰, sobre el incumplimiento del deber de adoptar ajustes razonables que constituye la negativa a proporcionar al trabajador con discapacidad un trabajo flexible.

La Directiva 2000/78 del CE prevé la adopción de los ajustes razonables cuando sea necesario para garantizar el acceso al empleo y la participación en la vida profesional de la persona con discapacidad, al tratarse de una materia en la que los estados tienen libertad de legislar, pueden existir matizaciones en relación con la existencia de esta obligación en función el país, si los estados introducen requisitos de reconocimiento de ese deber. Es el caso de Chipre, Países Bajos, Polonia o España; que consideran solo existente el deber de adoptar ajustes razonables en el ámbito del empleo y la ocupación cuando estos han sido solicitados por el empleado afectado¹³¹. En Chipre, a pesar de que su legislación interna

¹²⁸ CHOPIN, Isabelle; CONTE Carmin; CHAMBRIER, Edith, Luxemburgo (2018), op cit, pág. 26.

¹²⁹ Disponible en: http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2017/0202_16_1901.html

¹³⁰ CHOPIN, Isabelle; CONTE Carmin; CHAMBRIER, Edith, Luxemburgo (2018), op cit, pág. 31.

¹³¹ FERRI, Delia; LAWSON, »Anna, (2016), op cit, pág. 69.

prevé este deber cuando se considere necesario para el empleado, en la práctica lo común es que el afectado solicite la adopción de las medidas de acomodación del empleo pertinentes.

En España, el RDL 1/2013, en su artículo 68.2., determina que las personas con discapacidad deben notificar al empleador de su condición, así como solicitar los ajustes razonables al empleador¹³². Lo mismo sucede en Polonia, donde se somete esta obligación a la existencia de ese requerimiento o solicitud al empleador. El sometimiento de la existencia de la obligación por parte del empleador al cumplimiento de este requisito se puede observar de forma práctica en la Sentencia del TJUE como consecuencia de la referencia hacia este tribunal del “*Danish Werge Case*”¹³³. De forma adicional, existen estados que someten la existencia de la obligación de llevar a cabo ajustes razonables a la existencia de notificación al empleador por parte de las autoridades públicas correspondientes sobre las condiciones de salud de la persona empleada con discapacidad (como es el caso de Bulgaria, siendo esta la única excepción a la obligación existente en el estado)¹³⁴.

Al igual que la existencia de incumplimiento del deber de adoptar los ajustes razonables se prevé de forma diferente según el estado comunitario del que se trate; los medios reparadores de este incumplimiento también varían en función del país. Como es evidente, la existencia de medios de reparación disponibles dependerá de si el incumplimiento del deber de adoptar medidas de adecuación es considerado discriminación dentro del estado. En este sentido es de gran importancia las observaciones realizadas por el Comité de la CDPD¹³⁵ acerca de los remedios que ha previsto cada estado ante el incumplimiento de este deber, aclarando que no es admisible que el remedio previsto por el estado ante una discriminación por discapacidad (fuera o dentro del ámbito del empleo y la ocupación) sea únicamente la reparación del daño, siendo necesarias otra serie de medidas de reparación mas prácticas y realistas.

A la hora de abordar las diferentes posiciones estatales comunitarias sobre los remedios ante una discriminación por discapacidad provocada por haber incumplido el deber de

¹³² *Ibidem*.

¹³³ CHOPIN, Isabelle; CONTE Carmin; CHAMBRIER, Edith, Luxemburgo (2018), op cit, pág.32

¹³⁴ FERRI, Delia; LAWSON, »Anna, (2016), op cit, pág. 69.

¹³⁵ FERRI, Delia; LAWSON, »Anna, (2016), op cit, pág. 85.

adopción de ajustes razonables, se distinguen dos ámbitos en la materia. En primer lugar, el ámbito discriminatorio por discapacidad en general, y en segundo lugar, la discriminación por discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación. La separación de estos dos ámbitos se puede observar por ejemplo en la legislación interna de Austria, la cual determina como único medio de reparación para los casos de discriminación fuera del ámbito del empleo, la solicitud de la reparación de los daños; mientras que en el ámbito del empleo, amplía esos remedios a la organización en la formación y la adaptación del lugar de trabajo¹³⁶. Esta decisión adoptada para los casos de discriminación por discapacidad fuera del ámbito del empleo fue duramente criticada por el Comité de la CDPD, por la razón mencionada en el anterior párrafo. Pero generalmente los recursos previstos en la legislación interna de los estados son los mismos para el ámbito del empleo que para el resto de formas de discriminación.

Centrándonos en un análisis más comparativo entre los estados comunitarios, podemos realizar una clasificación entre: aquellos que únicamente prevén como remedio la solicitud de reparación del daño causado, y aquellos que permiten acudir a otras medidas. Los países de la UE más restrictivos en relación con los medios de reparación de la discriminación en el empleo por discapacidad causada por la falta de ajustes razonables, que únicamente regulan como vía la solicitud de reparación de los daños y perjuicios¹³⁷, son: Bulgaria, Finlandia, Polonia, Chipre, Dinamarca y Reino Unido. En estos países, al no estar recogido ningún otro remedio en la legislación, los tribunales no pueden condenar al empleador a ninguna medida de adaptación, únicamente pueden obligarle a la reparación financiera de los daños y perjuicios que puede ser de carácter material o inmaterial. Los estados que adoptan esta posición persiguen la protección de la libertad contractual y la no interferencia en el ámbito privado.

En contraposición se encuentran los países que ofrecen en su legislación la posibilidad de elegir¹³⁸ a los Tribunales a la hora de dictar sentencia entre la condena al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados, o entre condenar al empleador a llevar a cabo la medida de acomodación adecuada las necesidades del caso concreto; teniendo la posibilidad de aplicar las dos opciones de forma conjunta.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ CARRASQUERO CEPEDA, Maoly, (2018), *op cit*, pág. 46.

¹³⁸ FERRI, Delia; LAWSON, »Anna, (2016), *op cit*, pág. 86.

Entre estos países se encuentran: Bélgica, Croacia, República Checa, Alemania, Grecia, España, Malta y Portugal (además de algunos otros). Cada uno de los estados regulará en su ordenamiento interno estas, medidas de forma diferente respecto al resto. La indemnización por los daños y perjuicios causados a las personas con discapacidad está con carácter general, claramente regulada en los diversos ordenamientos internos de los estados de la UE en el caso de que el daño producido sea de carácter material, físico. Sin embargo, existe otro posible perjuicio o daño hacia estas personas, que es el daño moral. Este último no tiene una previsión legal tan clara¹³⁹. Algunos de los países comunitarios que han tenido en cuenta estos daños en su legislación son por ejemplo Reino Unido (que prevé el fácil acceso de las personas con discapacidad a las indemnizaciones por los daños causados moralmente) o República Checa (que vincula el reconocimiento de la indemnización en estas circunstancias a que el daño afecte a la dignidad de la persona o a su consideración social).

4. EL CASO ESPECÍFICO ESPAÑOL.

A la hora de estudiar la regulación de los ajustes razonables para las personas con discapacidad en España y en general, la protección que el derecho interno español proporciona a las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales; debemos tener en cuenta un instrumento normativo fundamental: el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante Texto Refundido de la Ley General)¹⁴⁰.

Este instrumento normativo que entró en vigor en el año 2013, proporciona una protección genérica, que abarca todos los ámbitos¹⁴¹, incluido el empleo y la ocupación; Por lo tanto la discapacidad en el empleo y la ocupación en España estará regulada por esta norma.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-12632-consolidado.pdf>

¹⁴¹ MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, artículo. Disponible en: <https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/informacion/leyGeneralDiscapacidad.htm>

Como es ya conocido, las personas con discapacidad constituyen uno de los grupos vulnerables en la sociedad. Estas personas son susceptibles de ver restringido el ejercicio de sus derechos básicos, así como su participación en la sociedad, si no se llevan cabo las actuaciones necesarias para evitarlo, y para garantizar la igualdad, no discriminación y dignidad de estas personas. Así pueden surgir situaciones en las que se les impide a estas personas el acceder a funciones o entornos que no han sido diseñados para tener en cuenta sus necesidades, produciéndose así una discriminación y la exclusión social para ellas (como ya aclaramos anteriormente en el punto primero de este trabajo, al hablar de la accesibilidad universal y el diseño para todos).

El marco constitucional en base al cual se regula la discapacidad en España está representado por los artículos 9.2, 14 y 49 de la CE¹⁴². El artículo 49¹⁴³ impone a los poderes públicos el realizar una política de revisión, tratamiento e integración de las personas con disminución o disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. Y reconoce a estos el derecho estar protegidos en una mayor medida que el resto de personas. Al hablar este artículo del deber de los poderes públicos de previsión, de tratamiento, etc.; está haciendo referencia a la accesibilidad como elemento destinado a prevenir la discriminación y como condición que garantice el ejercicio de todas las personas de sus derechos.

Por otro lado, el artículo 14 de la CE consagra el derecho a la igualdad, que implica a su vez el derecho a la no discriminación de la persona. El artículo enumera una serie de motivos que pueden fundar o provocar una discriminación, recogidos como un *numerus apertus*¹⁴⁴. Entre ellos tiene cabida la discriminación por motivos de la discapacidad. El artículo establece textualmente: « Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social ».

Es relevante entender, en relación con la igualdad y la prohibición de discriminación, que no se considera necesariamente vulneración de la igualdad, la existencia de tratos diferenciados entre las personas. No se considera discriminación, y por tanto vulneración de la igualdad, el trato diferente a personas que estén en una situación diferente que cuente

¹⁴² Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ BENAVIDES, Álvaro; OSPINA, Mario; VALVERDE, Rosa, Informe sobre pruebas de acceso al empleo público de las personas con discapacidad, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2010, pág.5.

con relevancia, lo que se encuentra prohibido es el trato diferente a personas en una misma situación¹⁴⁵.

Por último, el artículo 9.2 de la Constitución atribuye a los poderes públicos la función de promover las acciones para lograr la igualdad y la libertad real y efectiva de las personas, y el deber de remover los obstáculos que impidan a la persona esta libertad y igualdad plena y los que impidan o dificulten su participación en los diferentes ámbitos de la sociedad.

Una vez aclaradas estas cuestiones introductorias, procede comenzar a analizar la regulación legal relativa a la situación de las personas con discapacidad en España.

La norma fundamental en esta materia es el ya mencionado 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. Esta Ley viene a refundir una serie de leyes existentes hasta ese momento que regulaban la discapacidad, estas son la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad (LISMI), la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

La regulación entera de esta Ley encuentra su inspiración en la CDPD, por lo tanto va a ser un texto caracterizado por la amplitud en la protección de las personas con discapacidad, siendo el antecedente anterior más próximo a esta norma que recogía la regulación general en España, la ley 51/2003, de 2 de diciembre. Hoy en día en esta nueva ley los ámbitos están recogidos en su artículo 5, y abarcan las telecomunicaciones y sociedad de la información, los espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación, los transportes, los bienes y servicios a disposición del público, las relaciones con las Administraciones públicas, la administración de justicia, y el patrimonio cultural y empleo. Dentro de esos ámbitos se considera incluida también la educación. Por lo tanto, las personas con discapacidad en España van a contar con una protección, en forma de obligación de adoptar ajustes razonables por los parte de los poderes públicos, para asegurar la igualdad de trato y de oportunidades, así como el efectivo ejercicio de sus derechos.

¹⁴⁵ BENAVIDES, Álvaro; OSPINA, Mario; VALVERDE, Rosa, 2010, op cit, pág.6.

En primer lugar es fundamental determinar qué considera el ordenamiento jurídico español a estos efectos como discapacidad, pues estas van a ser las titulares de los derechos y de la protección reconocida. El Texto Refundido de la Ley General recoge una definición de discapacidad, concibiéndola como una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás¹⁴⁶. Como podemos observar, esta definición sigue la misma línea que la CDPD, determinando como requisito la duración visiblemente permanente de la deficiencia (la Convención establece el requisito de largo plazo), y el hecho de que esta constituya un impedimento a la igualdad de la persona en los ámbitos mencionados en esta definición.

El Texto Refundido de la Ley General también ofrece un concepto de discriminación en su redacción. Con la finalidad de entender el concepto de discriminación dirigido especialmente a las personas con discapacidad, debemos partir del derecho de igualdad y de los criterios ya mencionados para apreciar su vulneración. Así como ya observamos, no vulnera el principio de igualdad el trato desigual a situaciones desiguales, siempre que la situación desigual sea de carácter relevante, y la diferencia de trato sea razonable y objetiva. En el caso realizarse una diferencia de trato sin cumplir dichos requisitos, constituiría una discriminación. Esta discriminación que se deduce del artículo 14 de la CE puede ser de dos tipos: discriminación directa y discriminación indirecta.

Ambas clases de discriminación están definidas para las personas con discapacidad en España en el Texto Refundido de la Ley General (artículo 2, apartados c. y d.). Dicha norma define la discriminación indirecta para las personas con discapacidad, como aquella que se produce como consecuencia de una ley, disposición, cláusula contractual o pacto aparentemente neutros (no discriminatorios), pero que en la práctica producen una desventaja para la persona por causa de la discapacidad que adolece. La consideración de la existencia de discriminación indirecta irá unida a que objetivamente no exista una finalidad legítima que lo fundamente y que los medios para alcanzar esa finalidad u objetivo no sean legítimos. Por otro lado, la discriminación directa es aquella en la que directamente se produce una diferencia de trato entre una persona con discapacidad y otra persona estando ambas en situación análoga, siendo tal diferencia desfavorable para la persona con

¹⁴⁶ Artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

discapacidad, y estando motivada la diferencia por la discapacidad de la persona. Ambas definiciones se sitúan en la línea de las proporcionadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE¹⁴⁷.

En el caso de la discriminación indirecta en su carácter general (no limitada a las personas con discapacidad), lo que realmente entra en comparación a la hora de ponderar la existencia de discriminación indirecta, no son los individuos, sino los grupos sociales¹⁴⁸. Es decir, teniendo en cuenta los grupos existentes, entre los que puede estar un grupo compuesto principalmente por personas en las que concurren las circunstancias del artículo 14 CE.

El Texto refundido de la Ley General tiene unos objetivos en la línea de los determinados por la CDPD. Así, establece en su artículo primero que el objetivo de esta Ley es lograr la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades para todas las personas con discapacidad en España en relación con el resto de personas de la sociedad, y lograr el que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos de forma real, efectiva y en igualdad de condiciones con el resto de personas.

Otro de los conceptos fundamentales a definir es el de igualdad de oportunidades. El Texto Refundido ha evitado cualquier problema de interpretación sobre este concepto, definiéndolo junto con otras cuestiones en su artículo segundo. Así, en España se considera en materia de discapacidad a la igualdad de oportunidades como aquella situación en la que no concurre ninguna discriminación (directa o indirecta) motivada por la discapacidad, ni disposiciones que recojan exclusiones o restricciones para las personas con discapacidad que en la práctica produzcan que un derecho no sea reconocido o se limite su ejercicio a la persona con discapacidad, en cualquiera de los ámbitos¹⁴⁹. Este derecho a la igualdad de oportunidades puede verse vulnerado. Esto tiene lugar cuando se produce una discriminación (directa, indirecta o por acoso), cuando el obligado a ello incumpla el deber de adoptar ajustes razonables o las exigencias de accesibilidad del entorno, y cuando se incumplen las medidas de acción positiva establecidas en la ley. Siempre teniendo como

¹⁴⁷ Véase el capítulo 1.1.

¹⁴⁸ BENAVIDES, Álvaro; OSPINA, Mario; VALVERDE, Rosa, 2010, op cit, pág.6.

¹⁴⁹ 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.

motivos de la discriminación o de estos incumplimientos, la discapacidad de la persona (artículo 63 Texto Refundido).

En relación con los medios o vías para conseguir estos objetivos, el legislador a pesar de no dedicar un artículo exclusivamente a esta cuestión, ha adoptado los mismos tres dispositivos utilizados por en el ámbito internacional y europeo: la accesibilidad universal, el diseño para todos y los ajustes razonables.

La accesibilidad universal no está expresamente definida en la CDPD, aunque esta sí que tiene en cuenta este objetivo a lo largo de su redacción. La legislación española, ofrece una definición de este concepto en el Texto Refundido de la Ley General, (que concuerda con la expuesta anteriormente en el apartado primero de este trabajo), determinándola como aquella condición que sea la adecuada para que los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos puedan ser comprendidos, y en definitiva, utilizados por todas las personas de una forma autónoma y lo mas intuitiva o natural posible (artículo 2).

En relación con el diseño universal y los ajustes razonables, incorpora el Texto refundido de la Ley General las mismas definiciones que proporciona la CDPD de estas dos cuestiones (explicadas en el capítulo primero). En la frase final de la definición de accesibilidad universal que realiza el Texto Refundido, hace referencia al diseño para todos como actuación necesaria para complementar la accesibilidad universal. También determina el carácter supletorio de los ajustes razonables, como vía para cubrir las posibles lagunas de protección existentes en el caso concreto.

A efectos de continuar el estudio, recordar el concepto de ajustes razonables de la CDPD y de este Texto Refundido, como aquellas medidas de modificación y adaptación necesarias para facilitar la accesibilidad y participación en todos los ámbitos de estas personas, y garantizar el ejercicio y disfrute de sus derechos en condiciones de igualdad con el resto de sujetos; adaptándose la medida a la necesidad concreta de la persona con discapacidad en cada caso. El texto refundido determina que en España, a la hora de apreciar la existencia de razonabilidad en el ajuste, se tendrán en cuenta¹⁵⁰ los costes que la adopción de la medida le supone al obligado, las consecuencias de carácter discriminatorio que produciría

¹⁵⁰ Artículo 40.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

su no adopción, las características del obligado a ponerla en práctica, y la posibilidad de obtener financiación pública u otras ayudas. Como podemos observar los criterios que determinan la razonabilidad del ajuste son similares a aquellos que se determinan en la Directiva 2000/78/CE (considerando número 21) para apreciar la existencia de carga excesiva.

Los Poderes Públicos son los primeros obligados a velar por la igualdad de trato y de oportunidades y la no discriminación. Por ello el Texto Refundido determina en su contenido una serie de obligaciones generales y específicas para ellos¹⁵¹. Destacar en este sentido las obligaciones generales de los poderes públicos en relación con la protección de los derechos de las personas con discapacidad y de los objetivos de esta norma, que consisten en: la prestación de servicios, la financiación con cargo a presupuestos generales del estado y de las CCAA y entes locales, y llevar a cabo actuaciones o medidas de toma de conciencia social. Además del deber de realizar las medidas de acción positiva que hayan sido determinadas en las leyes.

En lo referente a las consecuencias derivadas del incumplimiento por la persona u organización obligada a la implementación de un ajuste razonable, el Texto Refundido de la Ley General dedica su título tercero al completo para regular las infracciones y las consecuentes sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. El régimen de infracciones contenido en este título tendrá aplicación estatal, pudiendo ser complementado por lo que determinen las CCAA en esta materia, siempre que no contradigan lo dispuesto en este título. En relación con las infracciones, la Ley las clasifica en muy graves, graves o leves; en el artículo 81, en función de carácter de la conducta infractora. Estas infracciones contenidas en el artículo 81 no tienen duración indefinida, sino que están sometidas a plazo de prescripción, siendo 1 año para las leves, 3 años para las graves y 4 años para las muy graves. A los efectos de la aplicación de las consecuencias y de lo determinado en esta ley, en el caso de que sean varios los sujetos (personas físicas o jurídicas) y no se sepa el nivel de participación de cada uno de ellos en la comisión de la infracción, las personas responderán solidariamente. En cuanto a las sanciones que conllevan estas infracciones, el Texto Refundido también las clasifica en función de la gravedad. Sin embargo observamos

¹⁵¹ Capítulo IX del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

que las únicas sanciones o consecuencias que prevé la ley en general por las infracciones del derecho de igualdad y no discriminación, y la no adopción de los ajustes razonables, son las de carácter económico o financiero, ejemplificadas a través del pago de multas de diferentes cuantías o a través de la negación, suspensión o cancelación de ayudas oficiales de carácter económico.

En relación con el ámbito específico del empleo y la ocupación, España como país miembro de la Unión europea, estaba obligado a introducir el contenido de la Directiva 2000/78/CE dentro de su ordenamiento jurídico interno. La introducción de las normas de esta Directiva se llevo a cabo a través de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social¹⁵². Esta nueva norma vino a modificar lo establecido en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, que era la ley que hasta el momento era la encargada de regular la situación de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo en España. Esta ley no está destinada en exclusiva a regular únicamente la situación de las personas con discapacidad en el empleo en España, sino que abarca además de este ámbito, las normas que regulan aspectos tributarios y administrativos varios no relacionados con las personas con discapacidad.

En lo referente a la definición de los ajustes razonables en el ámbito del empleo y la ocupación en España para las personas con discapacidad, contamos con una definición a día de hoy, prevista en el Texto Refundido en su artículo 40.2. Anteriormente existían dos definiciones a este efecto en España. La primera se encontraba en la regulación general de los ajustes razonables de las personas con discapacidad, representada por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre; y la segunda en la mencionada Ley 62/2003. Ambas diferían entre sí, y es por ello que al elaborarse el Texto Refundido de la Ley General, estas se unifican en una sola, acabando así con la dispersión normativa de la definición.

Como mencionamos, el Texto Refundido recoge un amplio elenco de ámbitos en los que entran en juego sus normas, entre los que se incluye el empleo y la ocupación. Esta norma determina en su artículo 40.2 una definición que concuerda de forma similar con la aportada por la Directiva 2000/78/CE para los ajustes razonables. Así concibe los ajustes razonables en relación al empleo como: « las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, que están obligadas a adoptar los empresarios con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar

¹⁵² CAYO PÉREZ BUENO, Luis, op cit, pág. 15.

profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como 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». La adopción por parte de la Ley española de la definición de la Directiva fue inicialmente criticada cuando se elaboró la Ley 51/2003, pues se entiende que se había perdido en ese momento la oportunidad de acabar con la imprecisión que suponía la regulación de la Directiva en materia de ajustes razonables en el empleo.

Sin embargo, con la elaboración del Texto Refundido se incorpora la definición de ajustes razonables de la Ley 62/2003 (artículo 37 bis), que es la misma que la del artículo 40.2. En lo que difiere la regulación española con la regulación proporcionada por la Directiva es en materia de la previsión de la carga excesiva. Ambas regulaciones establecen criterios en sus normas a fin de considerar la existencia de carga desproporcionada que deje sin efecto la obligación de adoptar un ajuste razonable por parte del empresario. Sin embargo el legislador que elaboró la Directiva solo incluyó un criterio en su articulado ya explicado, que permitía determinar la carga excesiva desde un punto de vista negativo, es decir, su no existencia, aclarando en el artículo 5 que no se considerará que entra en juego carga excesiva para el empleador cuando hayan intervenido de forma suficiente para cubrirla medidas oficiales del estado. El legislador español decidió acabar con la imprecisión, regulando además de este criterio comunitario, otros dos criterios que son los costes económicos que conllevaría la adopción del ajuste y el tamaño y volumen de negocios de la empresa afectada (este último criterio a fin de tener en cuenta también como puede perjudicar la medida al empresario, que merece también de cierta protección en el sentido de no verse excesivamente perjudicado)¹⁵³.

En cuanto a la legalidad en España de la discriminación positiva en el ámbito del empleo, para el caso de las personas con discapacidad. Se encuentra permitida de forma implícita por el apartado primero del artículo 40 del Texto Refundido, que determina que para lograr la igualdad en el ámbito del empleo de las personas con discapacidad en relación con el resto de personas, se le permite al empleador llevar a cabo medidas de acción positiva.

¹⁵³ CAYO PÉREZ BUENO, Luis, op cit, pág. 16.

Estas medidas se encuentran definidas como aquellas de carácter específico destinadas a prevenir o corregir las desventajas por razón de discapacidad en este ámbito.

El Texto Refundido ha introducido en el ordenamiento jurídico español una obligación para determinadas empresas. Es la llamada obligación de cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad¹⁵⁴. Esta obligación implica que las empresas con 50 o más trabajadores, tanto públicas como privadas, deben destinar una cuota de puestos de trabajos exclusivamente a las personas con discapacidad. Esta cuota es del al menos el 2 por 100 sobre la plantilla total correspondiente. En ella se incluyen también a efectos de cómputo los trabajadores con discapacidad de una ETT. En relación con la oferta de puestos de trabajo, el artículo 42.2 del Texto refundido se recoge la obligación de reserva de un cupo de esas ofertas para las personas con discapacidad, aunque no se especifica en dicho artículo el ámbito de ese cupo.

Por último, mencionar que el Texto refundido prevé la creación de los llamados centros especiales de empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Estos centros tienen como fundamento de su creación, el lograr asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad. Su existencia y creación y características económicas se encuentran reguladas en los artículos 43, 44 y 45 de dicha norma.

Es conveniente mencionar, para cerrar el estudio de la regulación española de los ajustes razonables para las personas con discapacidad, algunos pronunciamientos judiciales llevados a cabo por los Tribunales españoles en la materia. De entre las diversas resoluciones emitida, una de las más relevantes de entre ellas es la Sentencia de la sección tercera de la Sala de lo contencioso-administrativo de la A.N de 2 de Noviembre de 2009¹⁵⁵. Esta resolución viene a resolver un conflicto entre el Ministerio de Educación y un alumno con discapacidad por razón de la concesión de una beca para estudiar. A esta persona se le deniega la beca porque no cumple con los requisitos establecidos normativamente para obtenerla. El problema es que estos requisitos no se pueden aplicar de forma igual a esta persona que al resto de los sujetos que quieran optar una beca y que no adolezcan de ninguna discapacidad, pues no se encuentra en igualdad de condiciones con el resto de personas. En este sentido se pronuncia el Tribunal, aplicando lo establecido

¹⁵⁴ Artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

¹⁵⁵ CAYO PÉREZ BUENO, Luis, op cit, pág. 20.

en la CDPD, y determinando la necesidad de aplicación de ajustes razonables a esas condiciones por razón de la discapacidad del sujeto, para evitar esa desigualdad.

Otra de las resoluciones en la materia es la reciente Sentencia del TS número 861, de 21 de Junio de 2019¹⁵⁶, que trata sobre la necesidad de adoptar ajustes razonables en el ámbito de la educación para un alumno con discapacidad. La resolución gira en torno al derecho de los padres del alumno discapacitado a elegir el centro de educación. El tribunal resolvió determinando (basándose en anteriores pronunciamientos del propio Tribunal) que en el caso de que el derecho a la educación y a la igualdad del alumno con discapacidad se vean afectados por no realizarse los ajustes razonables, la cuestión se resolverá a través del proceso especial de protección de los derechos fundamentales. Otro ejemplo de resolución en la materia es la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (que habla acerca de la educación inclusiva de los alumnos con discapacidad, y de la obligación de realizar ajustes razonables por parte de las Administraciones educativas ante las necesidades educativas de los alumnos con discapacidad).

CONCLUSIONES

Finalmente se deduce del presente trabajo la absoluta necesidad de la existencia de una red normativa que sirva como barrera frente a la discriminación para las personas con discapacidad, debido a la diferente situación y necesidades de estas personas respecto con el resto de sujetos de la sociedad. Como puede notar el lector, la protección antidiscriminatoria se concibe a través de tres escalones, representados por la CDPD, como norma más inclusiva en la protección y que actúa de “colchón” en relación con los otros ámbitos normativos; la Directiva 2000/78/CE, y las legislaciones internas estatales. Dentro de estos tres escalones el instrumento esencial son los ajustes razonables, como el medio que en la práctica tiene mayor relevancia a la hora de lograr la protección de las personas con discapacidad de la discriminación por motivos de discapacidad.

A pesar de los esfuerzos por crear una regulación que proteja a las personas con discapacidad, esta es relativamente reciente, pues su consideración como motivo de

¹⁵⁶ Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/796369433>

discriminación es relativamente reciente, y por ello todavía dista de ofrecer una total protección y de ser perfecta. Esto lo hemos podido observar al estudiar los límites a la obligación de aplicación de los ajustes razonables, que al fin y al cabo lo que produce en la realidad es impedir a la persona con discapacidad ejercer el derecho específico del que se trate. O también en la confusión que gira en torno al concepto de persona con discapacidad, debido a la indeterminación del concepto por la Directiva. Así como en la poca claridad en los conceptos en general de la Directiva, donde la pronunciación sobre la razonabilidad del ajuste resulta confusa.

En definitiva considero que se necesita avanzar más aun en la protección de las personas con discapacidad, además de en pos de una mayor claridad normativa, también en la creación de más normas dirigidas a mejorar la situación de estas personas. Aporto como sugerencias de medidas para lograr mejorar la situación de las personas con discapacidad, el otorgar mayores subvenciones a las empresas para fomentar la contratación de las personas con discapacidad, adoptar ajustes razonables en materia del acceso a las plazas públicas de puestos de trabajo, o incorporar medidas que incentiven el estudio universitario de las personas con discapacidad, fundamentalmente de ayuda, que le permitan a la persona estudiar de forma lo más igualitaria posible en relación con el resto de personas, y le permitan tener los mismos medios que el resto de estudiantes, con el objetivo de aumentar sus posibilidades de empleo en el futuro y de una vida satisfactoria y plena.

El aumento de la protección de las personas con discapacidad a todos los ámbitos es necesario, ya que, en definitiva, aquello que se encuentra en peligro es el ejercicio de un derecho fundamental, el derecho a la igualdad.

ANEXO 1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Luxemburgo, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, (2011).
2. AGUSTÍ MARAGALL, Joan, Discriminación por razón de discapacidad: discapacidad y ajustes razonables en el derecho de la UE y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ponencia. (Barcelona, 24 y 25 de Octubre).
3. AA.VV. (2007): “III. El alcance de la accesibilidad universal y los ajustes razonables”, en “Sobre la accesibilidad universal en el Derecho”, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, nº 42, p.133. Dykinson (Madrid).
4. Benavides, Álvaro; Ospina, Mario; Valverde, Rosa. (2010): Informe sobre pruebas de acceso al empleo público de las personas con discapacidad, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
5. CARRASQUERO CEPEDA, Maoly, Los ajustes razonables para personas con discapacidad en la Unión Europea, Revista de estudios europeos, (2018).
6. CAYO PÉREZ BUENO, Luis, La configuración jurídica de los ajustes razonables. (CERMI).
7. CHOPIN, Isabelle; CONTE Carmin; CHAMBRIER, Edith, A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2018. The 28 EU Member States, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Iceland, Liechtenstein, Montenegro, Norway, Serbia and Turkey compared. Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2018.
8. COMISIÓN EUROPEA, Ajustes razonables para las personas con discapacidad. Disponible en: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1473&langId=es>
9. COMISIÓN EUROPEA. IP/11/4. La Unión Europea ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Comunicado de prensa, Bruselas, (5 de enero de 2011).
10. Constitución Española de 1978.
11. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, NU.

12. 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.
13. ELÓSEGUI ITXASO, María, El concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
14. FERRI, Delia; LAWSON, Anna, Reasonable accommodation for disabled people in employment. A legal analysis of the situation in EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2016.
15. FINSTERBUSCH ROMERO, Christian, La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos. **Ius et Praxis**.
16. KMU Forschung Austria (2008), Providing reasonable accommodation for persons with disabilities in the workplace in the EU – good practices and financing schemes – Contract VC/2007/0315, Austrian Institute for SME Research, Vienna, available at: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=1957&langId=en>
17. LAWSON, Ana, “Reasonable Accommodation and Accessibility Obligations: Towards a More Unified European Approach?”, European Anti-Discrimination Law Review, núm. 11, 2010.
18. Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.
19. McColgan, Aileen (2013): National protection beyond the two EU Anti-discrimination Directives, Comisión Europea, Bruselas, pp. 27 y ss.
20. MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL. Artículo. Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
21. Palacios, A. (2005): “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables.”, en Campoy Cervera, I. (Ed.) (2005): Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas, Dykinson (Madrid).
22. 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.

23. REY MARTÍNEZ, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi, Pamplona, 2019.
24. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Imprimerie Centrale, Luxemburgo, (2011).

ANEXO 2. JURISPRUDENCIA

1. Sentencia del TJUE (Gran Sala) en el asunto C- 13/05 de 11 de Julio de 2006. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0013>
2. Sentencia del TJUE (Sala Segunda) sobre los asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, de 11 de abril de 2013. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=136161&doclang=ES>
3. Sentencia del TJUE de 18 de Enero de 2018. Caso C- 270/16.
4. Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018. RUIZ CONEJERO (C-270/16).
5. La Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019 .DW y Nobel Plastiques Iberica, C-397/18.
6. Sentencia del TJUE del año 2004, para el caso C-138/02, Collins, ECR I-02703.
7. Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013. La reducción del tiempo de trabajo como ajuste razonable.
8. Sentencia del Tribunal Supremo no. 17867/2016, de 12 de Abril de 2017. Disponible en: <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4065-italy-judgment-on-rules-applicable-to-employment-contracts-with-disabled-workers-pdf-137-kb>
9. Polish Supreme Court Judgment of 12 May 2011, PK 276/10.
10. Sentencia del Tribunal Supremo Danés nº305/2016 de 22 de noviembre de 2017.
11. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017.
12. Sentencia del TS número 861, de 21 de Junio de 2019.
13. Resolución del Tribunal Administrativo de Caen, 1st October 2009, no. 0802480.
14. Sentencia del Tribunal de Bologna de 17 de Junio de 2013. Disponible en: <http://adapt.it/adapt-indice-a-z/tribunale-di-bologna-18-giugno-2013-ordinanza-discriminazioni-fondate-sulla-disabilita-e-rapporto-di-lavoro/>
15. Sentencia del Tribunal Laboral Belga de 12 de Octubre de 2017. Disponible en: <https://www.unia.be/>
16. Sentencia del Tribunal laboral de Apelación Inglés de 20 de enero de 2017 UKEAT/0202/16/BA. Disponible en: http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2017/0202_16_1901.html
17. Sentencia de la sección tercera de la Sala de lo contencioso- administrativo de la A.N de 2 de Noviembre de 2009.
18. Greek Ombudsman decision nº 190405/2014, 25 of February 2015.

