

**17. LA ADAPTACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO A LA PERSONA
CON DISCAPACIDAD. OTRO EJEMPLO DE DESATENCIÓN AL
TRABAJADOR DISCAPACITADO***

NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO

PTUN de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid 620

1. LA PERTINAZ DESATENCIÓN AL TRABAJADOR DISCAPACITADO EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Con este trabajo se pretende realizar un análisis crítico de la desatención que se produce al trabajo de la persona con discapacidad en el Estatuto de los Trabajadores, en particular a determinadas condiciones de trabajo centrando el examen en la afectación de la discapacidad sobre el tiempo de trabajo.

El acercamiento (incluso el más tibio) a la regulación de la jornada pronto trasluce la falta de adaptación de la legislación al trabajador discapacitado. El legislador ha protegido la inclusión laboral del discapacitado desde medidas como la cuota de reserva –y alternativas sustitutivas de esta obligación–, la introducción de modalidades contractuales específicas, la relación laboral especial o la creación de incentivos a la contratación (de Seguridad Social, fiscales, ayudas) pero ha descuidado históricamente medidas de adaptación del puesto de trabajo que faciliten la continuidad de la relación laboral. Como paradoja resulta más fácil encontrar medidas específicas que permiten adaptar aspectos del tiempo de trabajo cuando se tiene a cargo una persona discapacitada que cuando la PCD lo es el propio trabajador⁶²¹. En general toda la regulación laboral del Estatuto de los Trabajadores da muestra de este *‘déficit de atención’* y pone de relieve que tras las sucesivas modificaciones del texto legal para una mejor inclusión de la PCD la apertura se focaliza en “el cuidado”, la protección del trabajador que necesita organizar tiempo de trabajo y tiempos extralaborales para la atención a otros (familiares normalmente) pero no tanto en el trabajador discapacitado.

El legislador laboral refleja insensibilidad a la preocupación social por la integración laboral de la PCD, es más superficial que profunda, opera todavía más en lo externo que en la inclusión real y en ocasiones pivota sobre decisiones económicas u otras que mantienen o perpetúan la falta de integración de los trabajadores discapacitados. Las cifras estadísticas reflejan las muy bajas tasas de incorporación laboral, con una tasa de actividad del 35.5% y una tasa de empleo del 25.8%, además de su baja participación en el mercado laboral⁶²². Estas cifras justifican que las PCD pertenezca a un colectivo con especiales dificultades estructurales en el

acceso y continuidad en el empleo⁶²³, también manifiestan el pertinaz rechazo social al trabajador discapacitado, estigmatizado laboralmente, anclado en la percepción de menor productividad, considerados mano de obra poco rentable y carentes de cualificaciones y su penetración intangible hoy en sectores como la industria, hostelería transporte, construcción, agricultura o información y comunicaciones.

La organización del trabajo, la gestión o la producción, las infraestructuras y sus barreras apartan al discapacitado del trabajo, también en la nueva economía digital y de las plataformas hay un rechazo social y económico a la PCD en tanto en cuanto no aumenten sus contrataciones e incorporación laboral.

La atención al trabajador discapacitado sigue estando más presente en la normativa de Seguridad Social que en la laboral, con una tendencia que arrastra en nuestra disciplina la consideración de la discapacidad como incapacidad laboral (y no sólo a la inversa, conceptos no sinónimos⁶²⁴), de ahí el tránsito de la tutela laboral hacia la cobertura de la protección social de la PCD⁶²⁵, descuidándose la finalidad integradora que, con timidez, brotaba en las primeras normas de contenido laboral puesta su atención en los discapacitados⁶²⁶ (incluido el impulso dado por el Convenio de la OIT nº 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas de 1983) y, ya sin rubor, con mayor firmeza en las normas internacionales del siglo XXI (Directiva 2000/78, Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006⁶²⁷) y su recepción en el derecho interno⁶²⁸.

Al hacer un recorrido por el TRET encontramos expresas menciones a la PCD en los arts. 4.2.c), 11.2, 17.3, 20.3, 37.6, 40.5 y.7, 46.3, 51.5, 54.2 g) y la actual DA 20ª TRET. La presencia en aspectos de tiempo de trabajo y otras condiciones laborales nucleares es imperceptible, pues se escogen otras normas de referencia distintas del Estatuto de los Trabajadores para la inclusión laboral de la PCD, se prefiere recoger aspectos de la relación laboral fuera de la principal norma laboral, quizá conviene repensar esa regulación porque el empleo preferente del discapacitado debe ser el empleo ordinario y no sólo el empleo protegido u otras fórmulas alternativas (enclaves, con apoyo) si ciertamente se propugna con

mayúsculas su inclusión laboral⁶²⁹. El empleo protegido reproduce características laborales peyorativas (trabajo menos reconocido, peor remunerado, baja cualificación, condiciones laborales limitativas de la jornada, prohibición de horas extraordinarias, más precario e intermitente, mediante interposiciones empresariales y subcontrataciones).

Otras reformas se han centrado en el lenguaje cambiando las denominaciones (minusválido) hasta la actual de persona con discapacidad⁶³⁰. Se aprecia muy lentamente el cambio real del modelo médico rehabilitador hacia el modelo social, que exige: la adaptación del entorno laboral capaz de mirar más al sujeto, al entorno y eliminar barreras discriminatorias, se le reconozca en un plano de igualdad con los otros trabajadores. También en las relaciones laborales se percibe que las dificultades de la PCD siguen apareciendo en el entorno. El derecho al trabajo de los discapacitados se articula bajo formulaciones cada vez más sólidas pero no siempre encuentran su acogida en las relaciones laborales, cualquiera puede percibir que la discapacidad es una situación de desventaja laboral, que las condiciones del trabajador discapacitado no son asimilables al trabajador sin discapacidad. Por la doctrina se han señalado algunas carencias legales de las condiciones laborales en relación con el trabajador discapacitado, no son difíciles de identificar, afectan al periodo de prueba⁶³¹, la precariedad laboral⁶³², las medidas de flexibilidad interna (movilidad funcional, geográfica y las modificaciones sustanciales), la extinción de la relación laboral en particular en relación con el despido objetivo, etc., también a la jornada de trabajo. El legislador deja de prestar la especial atención para mejorar el entorno, la adaptación u otras medidas de acomodación a la PCD. La normativa laboral no atiende en todos estos institutos a la capacidad real de adaptación de la PCD⁶³³. En ocasiones prefiere primar medidas de la periferia como el cumplimiento de la cláusula social en la contratación, en particular en la contratación pública⁶³⁴.

2. EL RECLAMO DE MEDIDAS EFICACES

La respuesta debería ser bien distinta y fijar, las normas laborales, particularidades y tiempos acomodados a las cualidades de la PCD y a la mejora del entorno de trabajo, mientras no lo hagan las Leyes serán sus intérpretes quienes analicen, en cada caso concreto, si se ha actuado

conforme a criterios de razonabilidad en atención al equilibrio de intereses de los sujetos de la relación laboral (cuando el trabajador es discapacitado). También examinarán si se cumple con los ajustes razonables.

Tampoco se han establecido con claridad las diferencias entre la aptitud del trabajador a la que se refiere el art. 4.2 c) ET y las condiciones de prestación, a las PCD muchas veces se les convierte en responsables, arrojándolas de incapaces cuando lo relevante fue que no se ha facilitado un entorno para el desempeño del trabajo atendiendo a sus capacidades⁶³⁵, porque el derecho debe atender a las aptitudes para la realización del trabajo removiendo los obstáculos del entorno. Es el gran revés de las normas a la inclusión laboral del discapacitado, su discapacidad acaba por convertirse en factor que o bien dificulta la continuidad en el trabajo o hasta legitima la ruptura de la relación laboral, dejándose de atender a la prohibición de discriminación por razón de discapacidad cuando se “hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.

Esta afirmación supone igualmente la persistencia y ausencia de medidas eficaces para lograr la efectiva integración laboral de la persona discapacitada. Se puede afirmar que el ET no presta la deseable atención a situaciones en que el trabajador discapacitado es sujeto de la relación laboral⁶³⁶. Carencia que cubren algunas resoluciones judiciales, ofreciendo respuestas que eviten una mayor afectación a la PCD, porque pueden llegar hasta la extinción de la relación laboral en caso de no implantar la empresa medidas. En estos casos el ajuste razonable adecuado en el tiempo de trabajo evitará no sólo la ruptura de la relación laboral sino también impedirá la conducta discriminatoria empresarial. No realizar las acomodaciones relativas al tiempo de trabajo puede suponer para el trabajador discapacitado, por un lado, la discriminación y, por otro lado, abocarlo a la ruptura no cumpliendo la finalidad integrativa del trabajo para la persona con discapacidad, ni respetando su efectivo derecho al trabajo, art. 27 de la Convención internacional. Ajustes que no deben ser idénticos siempre, necesariamente habrán de variar en función de la discapacidad del trabajador. Lo transcendente es la obligación que deriva para el empresario de implantar medidas de ajuste adecuadas, entre las que se incluye la reducción del tiempo de trabajo.

Gracias a pronunciamientos judiciales de Tribunales supranacionales o de la evolución de las normas internacionales en favor de la persona con discapacidad se han ido produciendo lentos cambios en el tratamiento legislativo que vuelcan la atención en el trabajador discapacitado. Con la clara finalidad que pueda realizar su prestación de trabajo en un entorno laboral decente. Porque la nueva definición de discapacidad afirma la importancia del entorno para la integración laboral y la remoción de obstáculos.

Se considera necesaria, por una parte, la atención a las pautas de trabajo de la PCD (exige cambios normativos que regulen la adaptación de la duración y otras medidas aplicables a la PCD trabajadora), por otro lado, la falta de permisos concretos para atender a la discapacidad (o enfermedad asimilable) que sufre la persona trabajadora (con la paradoja legal que sí se encuentran permisos para atender a terceras personas dependientes de ella). Así como las ausencias en la negociación colectiva de un interés claro y serio por esta cuestión.

3. EL TIEMPO DE TRABAJO UNA DESVENTAJA PARA LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

La desventaja de la PCD en la relación laboral se hace visible en el desempeño de la prestación en relación con la ordenación del tiempo de trabajo. Es necesario apuntar la relevancia de institución raíz de la relación laboral, el tiempo de trabajo, a la cual no hace mención expresa la Directiva 2000/78/CE (pero para el TJUE en la noción pautas incluye el tiempo de trabajo). Actuar sobre el tiempo de trabajo evita que se aparte a la PCD del puesto de trabajo, permite no simplemente acceder sino “tomar parte y progresar profesionalmente⁶³⁷”.

En relación con la ordenación del tiempo de trabajo en el caso del trabajador discapacitado la norma laboral debe atender a la discapacidad de la persona y delimitar con precisión tiempos de trabajo y pausas necesarias o descansos específicos. La jornada puede reducirse si fuera imprescindible para la continuidad laboral de la PCD, a petición del propio trabajador. El ordenamiento debe ofrecer respuesta a la solicitud de reducción de jornada para compatibilizar el trabajo con el tiempo necesario para rehabilitación, atención médica u otras actividades similares, pero no sólo para

compatibilizar acciones externas a la relación laboral sino y, esto es lo que debe recogido aparecer expresamente en la Ley, para permitir la propia ejecución de la prestación laboral atendiendo a sus aptitudes y capacidades reales, aspectos a los que también se refieren los art. 4.2 c) y 20.3 ET. El legislador debe concretar con precisión las circunstancias de la PCD para así obligar a la empresa a acomodar las pausas durante el transcurso de la jornada de trabajo a la discapacidad, la jornada de trabajo podría reducirse en relación a la jornada del trabajador no discapacitado (teniendo una jornada completa diferente), reducción que se podría aplicar en alguna proporción a la jornada ordinaria de la empresa. El legislador sí contempla reglas especiales en el ejercicio de facultades empresariales⁶³⁸, en la remuneración al observar a la PCD o al posibilitar la movilidad a otro centro de trabajo⁶³⁹ o en su caso la prioridad de permanencia de la PCD en su centro de trabajo⁶⁴⁰ o para el despido colectivo⁶⁴¹, ¿por qué no hacerlo en la jornada cuando existen resoluciones judiciales que ya ofrecen de esa pista legal?

El tiempo de trabajo es esencial en la regulación jurídica de la relación laboral (no cabe la comprensión del contrato de trabajo como contrato de tracto sucesivo sin detenerse en la jornada laboral y su duración, sin atender al factor temporal del momento en que se realiza la prestación laboral), para el trabajador discapacitado en particular hay que atender a criterios de flexibilidad, a la fijación de tiempos de trabajo y de descanso compatibles con la PCD, ello implica la fijación de horarios, posibles reducciones, adaptaciones de turnos y acoplamientos del trabajo nocturno, extraordinario (si éste fuera posible según el origen de la discapacidad).

Nuestras normas laborales han avanzado en el reconocimiento de la flexibilidad para compatibilizar tiempo de trabajo con otros aspectos de la vida privada y familiar, sin embargo, ruboriza al iuslaboralista identificar que esas normas no atienden a la flexibilidad de la ordenación en la realización de la prestación de trabajo de un trabajador discapacitado sino en relación con factores externos (llamados de conciliación). La PCD debe poder disfrutar de acciones que le permitan acceder al empleo pero una vez accedido que permitan su continuidad y permanencia⁶⁴². La discapacidad, y en particular determinadas discapacidades (como la mental e intelectual, aunque no sólo) necesitarán una adaptación de los tiempos de trabajo y de

las pausas que permitan seguir el ritmo laboral y el rendimiento en atención a su concreta discapacidad. Además esas pautas inicialmente fijadas deberán luego poder ser alteradas con el transcurrir del tiempo, adecuándose en cada momento a la situación de discapacidad, acomodando la pauta del tiempo de trabajo a la desventaja de la PCD (mudable y no inmóvil), porque la normativa exige que la PCD disfrute de plena igualdad en el trabajo⁶⁴³. En este caso el tiempo de trabajo exige mirar al trabajador, para evitar la ruptura de la relación laboral por incumplimientos horarios o por baja productividad o rendimiento laboral. Para adaptarse a los ritmos pero que los ritmos de trabajo no impidan su continuidad laboral o, dicho de otra forma que ello, no afecte a la aptitud del trabajador discapacitado para el desempeño de la actividad laboral contratada.

Las regulaciones deberían prestar mayor atención a las específicas necesidades de la PCD al articular el tiempo de trabajo, acciones que exigen acomodar la jornada a la persona y que no se agotan en un acto sino que podrán ser cambiantes en atención a la discapacidad.

4. EL PAPEL DEL DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA, AVANCES JUDICIALES Y CARENCIAS DEL ORDENAMIENTO

La Directiva 2000/78 (en su art. 5) y después las resoluciones del TJUE han venido a indicar la importancia de la inclusión de las personas con discapacidad mediante el acondicionamiento del puesto de trabajo a la discapacidad, gracias a su adaptación a la accesibilidad y a los ajustes razonables. Un asunto con interés es el caso de 11 de abril de 2013 (asuntos acumulados 35 y 337/2011) HK Danmark, el TJUE reconoce que la discapacidad no implica exclusión del trabajo y recuerda que al empresario le son exigibles ajustes entre los que expresamente entiende el tribunal está la reducción del tiempo de trabajo, aspecto deducible de la Directiva 2000/78 aunque no se recoja expresamente porque no hay una exhaustiva relación de los ajustes razonables. Ello acarrea una nueva concepción de las aptitudes laborales de la PCD, a la necesidad de atender a la finalidad de integración laboral. Existen otros pronunciamientos similares.

A fin de cuentas el TJUE explica que la reducción del tiempo de trabajo de la PCD puede constituir una medida de ajuste razonable, en la referida Sentencia HK Danmark⁶⁴⁴. Se interpreta que el art. 5 de la Directiva

2000/78/CE recoge medidas que han de realizar las empresas para permitir a la PCD participar en el empleo, relaciona esta obligación empresarial con las medidas que, a título enunciativo, se recogen en el considerando 20⁶⁴⁵ e interpreta que se pueden aplicar al tiempo de trabajo y que la reducción del tiempo es considerada como una pauta de trabajo si permite al trabajador discapacitado la continuidad en su puesto. El argumento se razona en atención a la finalidad perseguida por el precepto, siempre que el trabajador sea apto para su desempeño, posea la capacidad suficiente para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de trabajo del que se trate. En materia de tiempo de trabajo las medidas organizativas se relacionan con esas adaptaciones entre las que se puede recoger la disminución del tiempo de trabajo como medida que permita a la PCD seguir realizando sus funciones. El juez deberá analizar si la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste razonable es o no carga excesiva para el empresario. Denegar el ajuste sería una discriminación por razón de discapacidad (también es necesaria una reforma que incluya en el derecho interno esta consideración).

Las apreciaciones realizadas no se encuentran incorporadas a la regulación legal del ET, sería deseable su introducción en el art. 37 ET, haciendo visible al trabajador discapacitado y su derecho como medida que ayuda a la inclusión laboral del trabajador discapacitado. En mi opinión no debería ser una reducción temporal, limitada en el tiempo, sino que en algunos supuestos podría ser permanente en atención al requerimiento del trabajador o a las posibles agravaciones de su discapacidad, admitiendo una jornada ordinaria específica del discapacitado (ya que al ser un ajuste actúa como corrector de la desventaja). El derecho y su intérprete debe fijarse particularmente en aquella regulación que como resultado produce desventajas y exclusiones y eliminar barreras discriminatorias al ordenar el tiempo de trabajo. No puede olvidarse que la interacción de la discapacidad con barreras de diversa índole es la que impide la plena y efectiva participación en el trabajo del discapacitado.

En ocasiones para la PCD la duración de la jornada ordinaria de trabajo constituye una dificultad, el legislador debería arbitrar fórmulas que permitan la reducción de la jornada en relación con la discapacidad. En cada caso atendiendo a las demandas de la discapacidad (pues el origen

diverso de la discapacidad –sensorial: visual o auditivo, intelectual, mental u otras– hace preciso y complejo diferenciar las medidas, como también es necesario prestar atención a los grados de discapacidad y a su evolución), ello requiere llevar a la práctica las exigencias del art. 40 LGDPCD en relación con la ordenación del tiempo de trabajo, permitiendo una acomodación del tiempo a la persona⁶⁴⁶. Las resoluciones judiciales dictadas se refieren en concreto a la reducción de la jornada como medida adaptativa que facilita la inclusión laboral. La regulación del trabajo puede permitirse excepciones al atender al trabajador discapacitado y regular medidas temporales y también permanentes de reducción de jornada, la finalidad de integración en el mundo laboral de la PCD justificaría dicho tratamiento (como ya existe para el acceso, al regular la cuota de reserva de empleo⁶⁴⁷). Téngase presente que las posibilidades de reducción de jornada reguladas en el ET se fijan con limitaciones en su disfrute (en relación con el cuidado de la persona no trabajadora al que se le dedica la reducción de jornada, art. 37.6 ET).

No se encuentran hoy todavía resoluciones judiciales pero, sin duda, el horario de trabajo flexibilizado a las necesidades del trabajador discapacitado es otra medida necesaria que debe hacer visible el ET. Desde que se redacta el derecho a la adaptación de la jornada en el art. 34.8 ET el derecho se ha vinculado a cuestiones relacionadas con la conciliación⁶⁴⁸ y respetando el equilibrio de necesidades productivas de la empresa. Tras la versión dada por el RDLey 6/2019 las sentencias tienden a dotar de contenido el derecho reconocido. El derecho de adaptación horaria y distribución de la jornada debería también mencionar al trabajador con discapacidad para que el horario se adapte a su situación, tratamiento, medicación, etc., permitiendo una mejor adecuación del horario a la situación del trabajador y a sus requerimientos y, no sólo el horario⁶⁴⁹, también de las pausas que interrumpan el desarrollo de la prestación laboral si así lo requiere la discapacidad atendiendo a la situación de la persona, sobre la base de lo fijado por la negociación colectiva o en su defecto de la negociación/acuerdo entre los sujetos de la relación laboral o de la decisión empresarial adoptada. Especial atención habrá que prestar a la PCD, cumpliendo con lo preceptuado por el art. 40 LGDPCD “*adoptar medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad, en*

función de las necesidades de cada situación concreta con el fin de permitir a las PCD (...) desempeñar su trabajo”.

Sorprende también que el art. 37.3 ET no contemple un permiso retribuido específico para la PCD, nuevamente la tutela de la mayor parte de los permisos se vuelca en los cuidados a terceros más que en el trabajador que necesite de los mismos en casos de enfermedad, asistencia sanitaria, acudir a reconocimientos o seguimiento de tratamientos y revisiones.

Tampoco las normas de conciliación especiales, surgidas a raíz de la pandemia del coronavirus en 2020, han percibido esta necesidad de atención a la PCD. Sirva de ejemplo la ausencia de atención al discapacitado (ni al trabajador, ni suficientemente al cuidador de PCD) que se contemplan en el art. 6 del RD-Ley 8/2020, que no corrige tampoco la sucesión de cambios que en muy poco tiempo se incorporan, ni su modificación por DF 1ª.17 del RD-Ley 11/2015, ni su prórroga por el RD-Ley 15/2020, ni tampoco se contempla en el así llamado decreto de nueva normalidad, aprobado por RD-Ley 21/2020, ni los más recientes que prorrogan las medidas en septiembre de 2020, en la acción que se ha rebautizado con el nombre de *plan ME CUIDA*. Estas regulaciones son miméticas de las que figuran en el Estatuto de los Trabajadores en cuanto a la persistencia del desconocimiento de las necesidades de las personas discapacitadas cuando ellas son las trabajadoras.

Sin duda, alguna mención a la PCD en el art. 36 ET asimismo sería deseable, el legislador podría fijar criterios para la turnicidad y limitaciones a la nocturnidad que atiendan a la discapacidad, más allá de los genéricos establecidos en su redacción vigente y vinculados a la salud y seguridad del trabajador, permitiendo adaptaciones para la PCD. Obviamente la rotación, los cambios de horarios u otras alteraciones en el tiempo de trabajo aún permitidas por la flexibilidad y las posibilidades de distribución irregular de la jornada (que contiene el art. 34.2 ET) han de atender a la singularidad del trabajador discapacitado.

5. LA ACOMODACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

En los últimos años se nos han ofrecido criterios de cómo remediar esta carencia, el más notable ha sido el que vincula el tiempo de trabajo con el

ajuste razonable de PCD. En todas las cuestiones vinculadas a la ordenación del tiempo de trabajo, jornada ordinaria, horario, calendario, descansos, adaptaciones, distribución de la jornada, reducciones, se deberían poder introducir acomodaciones para el trabajador discapacitado que le permitan lograr la igualdad real, suprimiendo desventajas en relación con su discapacidad o con su discapacidad y la presencia múltiple de otros rasgos prohibidos de discriminación (sexo, edad, etnia, orientación sexual, etc.).

El ajuste razonable encuentra acomodo en diversos considerandos⁶⁵⁰ y en los arts. 2.2 y 5 de la Directiva 2000/78/CE, así como aparece en el art. 2.4 de la Convención. Este último texto define como ajuste *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*⁶⁵¹. La particularidad de la medida es que aquella se acomoda a la persona concreta, a la situación concreta introduciendo la adaptación que sea necesaria. El concepto fue recibido por el derecho interno a través del art. 2m) de la LGDPCD y concebido en el marco de la igualdad de oportunidades y la no discriminación de la PCD.

A partir de esa mención es imprescindible analizar la discriminación de la PCD desde las normas legales y hacer notar su desatención real al trabajador discapacitado. Por un lado, el art. 4 de la Convención recoge quién es PCD de la delante de Convención⁶⁵², por otro lado, la Directiva 2000/78 indica cómo es necesario actuar ante el tiempo de trabajo. La interrelación de ambos conceptos implica que se han de realizar los ajustes razonables para el trabajador con discapacidad, obligación empresarial. Se observa una doble tutela en el ajuste razonable para el trabajador discapacitado, la tutela vinculada a la salud, llamada tutela preventiva y al amparo del art. 25 LPRL y la tutela antidiscriminatoria, vinculada a la protección frente a decisiones empresariales o de otros actores laborales, recogida en distintos preceptos del ET (arts. 4, 17, 54 ET y art. 40 LGDPCD).

Es necesario recordar que la normativa de prevención optó por citar a personas sensibles a determinados riesgos laborales entre los que se

incluyen las PCD dentro de una interpretación normal del precepto, sin olvidar que las normas comunitarias de referencia incorporan específicas menciones a los trabajadores con discapacidad⁶⁵³. Parece necesario anotar que en las evaluaciones de los puestos de trabajo también hay que atender a la duración de la jornada y a sus pausas en relación con la PCD, las exigencias de adaptación del puesto a la PCD implica que en materia de prevención de riesgos laborales no se descuide la adaptación del puesto de trabajo, ni tampoco la evaluación del puesto si lo ocupa una PCD. Lo que significa que al valorarse la aptitud del trabajador discapacitado para el desempeño del puesto se atienda al concepto de discapacidad de la Convención, al entorno y sus factores.

Los avances judiciales permiten incorporar cambios mediante la incorporación del ajuste razonable al tiempo de trabajo, que no significa otra cosa que acomodar el tiempo, la jornada a la situación de la PCD, que permite con la adaptación o transformación la realización de la prestación laboral de la PCD, es una medida que se aplica al factor temporal de la prestación laboral en relación con las necesidades específicas del trabajador discapacitado. En este caso adaptar el entorno exige aplicar medidas que se vuelcan en el tiempo de la prestación. Acomodar las cuestiones vinculadas al tiempo, sus pausas, descansos, etc., facilita la permanencia en el puesto de trabajo y en particular la participación y continuidad de la relación laboral como medida que ofrece a la PCD una situación equiparable al resto de trabajadores, desde la perspectiva de igualdad de trato.

Doctrina judicial y jurisprudencia marcan un modo de proceder: antes de extinguir el contrato hay que examinar si el empresario cumplió con la obligación de realizar los ajustes razonables, si no lo hizo puede incurrir en una discriminación por razón de discapacidad. Es importante el análisis de la obligación en relación con los aspectos de la jornada (tiempo efectivo, reducción, adaptación horaria, descansos, etc.). Asimismo se debe tener presente presente que la acomodación debe reunir el requisito de razonabilidad, de manera que la obligación empresarial no puede suponer una carga excesiva o desproporcionada a la empresa⁶⁵⁴. El deber de adaptación exigible al empresario en relación con el tiempo de trabajo debe permitir el desempeño del trabajo a la PCD, puede exigirse en la organización temporal, en la remoción de obstáculos o en el ajuste del

factor tiempo. Adaptar el tiempo es necesario a la persona, permitir su continuidad laboral, con un tratamiento personalizado con la medida adecuada para cada PCD atendiendo a sus circunstancias personales.

Corresponde analizar todos los componentes del tiempo de trabajo (horarios, descansos, vacaciones) en relación con la evitación de desventajas a las PCD aptas para el trabajo. Desventajas que se manifiestan en las condiciones de trabajo y así también en la ordenación de la jornada de trabajo.

Se ha afirmado que la aportación más relevante de la concepción del modelo social de la discapacidad es precisamente la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo⁶⁵⁵. Un concepto que nace en el derecho anglosajón y se infiltra gracias a la Directiva comunitaria 2000/78 en Europa, a España llegaba con el art. 37 bis de la LISMI (precepto incorporado por la Ley 62/2003 que parcialmente traspuso la Directiva al ordenamiento español). Sin embargo, en las normas laborales es difícil encontrar concreciones de esta obligación bien adaptadas tanto al derecho comunitario como a la Convención internacional.

La comprensión de la necesidad de adaptación del tiempo de trabajo para la PCD como una medida de ajuste que remueva obstáculos y dificultades en el desempeño del trabajo, impediría además decisiones de extinción de la relación laboral (hoy tan criticadas, a las que ha dado respuesta el TJUE, la última vez en Sentencia de 11 de septiembre de 2019, caso Nobel Plastiques Ibérica). La correcta articulación de la regulación del tiempo de trabajo para el trabajador discapacitado incide en una mejora del mantenimiento en el puesto de trabajo y evita decisiones de despido (despido que en muchos casos se ha de valorar si es discriminatorio por motivos de discapacidad).

6. LA DESNATURALIZACION DEL CONCEPTO. LAS NUEVAS DISCAPACIDADES

Pero también hay que identificar que el concepto expansivo de discapacidad hace que en él se integre la enfermedad asimilable a la discapacidad (no toda enfermedad sino la que se muestra discapacitante, que produce una limitación de larga duración⁶⁵⁶) y así en el estudio de casos se observa que los litigios se centran principalmente en este concepto

ampliado⁶⁵⁷, sin que se logre por tanto que las nuevas interpretaciones ayuden a la inclusión laboral del trabajador PCD sino del sobrevenido y no siempre permanentemente trabajador discapacitado. En todo caso ambos necesitarán de ajuste razonable. El legislador deberá atender a la situación de falta de inclusión de la PCD sin perjuicio de habilitar medidas expansivas para otros supuestos (que forman parte de la periferia). Eludir esta obligación significará la continuidad de una pertinaz ausencia de la PCD en el mundo laboral⁶⁵⁸. La más moderna jurisprudencia aporta una noción extensiva y dinámica de la discapacidad, que al interactuar con barreras impiden la plena participación laboral⁶⁵⁹.

No obstante, la labor de los jueces ha abierto posibilidades antes impensables para la inclusión de la PCD en cuanto al tiempo de trabajo. La renovada Directiva 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y vida profesional de los progenitores y cuidadores avanza un poco, aunque también tímidamente ya que frente a la precedente de Directiva 2010/18⁶⁶⁰, ahora aparece una mención expresa al trabajador que también es progenitor y es discapacitado⁶⁶¹, no sólo a los hijos. Pero no encontramos referencias al trabajador discapacitado no progenitor en términos de conciliación (quizá porque se ha limitado este entendimiento a la vida familiar y ya no a la vida privada ni a la personal, lamentablemente).

7. VALORACIÓN Y ALGUNAS PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Sería deseable que al igual que las normas laborales incorporan una pedagogía para evitar discriminaciones por otros rasgos (algunos muy reforzados⁶⁶²) en aquellos aspectos más sensibles para las PCD también haya expresas menciones en los preceptos del ET. Es imprescindible que en la regulación se tenga en cuenta cuando la discapacidad afecta al trabajo y a sus condiciones de ejecución y se eliminen las barreras o las dificultades. Las insuficiencias normativas apreciables en muchos supuestos van de la mano de la falta de exigibilidad expresa de acomodaciones, ello es también patente en la ordenación del tiempo de trabajo.

Asimismo se observa que la adaptación de las normas laborales a la Directiva 2000/78 y a la Convención de 2006 han sido trasposiciones superficiales (permítase la expresión), es necesario introducir

modificaciones normativas que hagan más vigorosa la obligación del ajuste razonable para la persona trabajadora con discapacidad (en materia de reducción de jornada, de permisos o de adaptación horaria, de distribución de la jornada, de descansos –son sólo algunos de los ejemplos–). Simplemente la regulación debería recoger una mención de la obligación de adaptar el tiempo de trabajo a las necesidades de las personas discapacitadas y atender a la circunstancia personal de la persona (como se hace con la conciliación familiar).

Las normas que en el futuro nos proporcione un remozado ET han de romper con los estereotipos históricos y perjuicios sociales con el trabajador discapacitado. No basta con la declaración del art. 4.2c) ET. Sigue estando pendiente una revisión normativa de la integración laboral de las PCD que decididamente acometa cumplir el objetivo de su inclusión laboral⁶⁶³. Para ello también es necesario formar más a los compañeros de trabajo que comparten espacios con una PCD, sensibilizar a los negociadores sociales⁶⁶⁴, proponer clausulados en los convenios colectivos que describan medidas ejemplificativas de ajustes razonables dedicados al tiempo de trabajo y mejorar las prácticas de empresa.

En materia de tiempo de trabajo, las recientes y continuas reformas que se producen en relación con la reducción de jornada, la novísima posibilidad de adaptación de los horarios son algunos ejemplos en los que el legislador debería mencionar al trabajador discapacitado.

El legislador debe regular aspectos hoy descuidados cuando la persona con discapacidad es el trabajador, por ejemplo, permitiendo la reducción de jornada sin que suponga novación del contrato en contrato a tiempo parcial, incluyendo la posibilidad de acogerse a una excedencia para atender a los cuidados de su discapacidad (no sólo de familiares) o permitir considerar una pauta de tiempo de trabajo el ritmo de trabajo con que se efectúa el trabajo⁶⁶⁵, serían normas que flexibilizarían para la PCD la reducción de jornada o el reconocimiento de una excedencia singularmente protegida para la posterior reincorporación, mejorando los derechos de inclusión laboral de la PCD.

Igualmente, en materia de extinción de la relación laboral también podría hacerse una mención al trabajador que es discapacitado, evitando cualquier

discriminación por razón de la discapacidad del trabajador sobre la que los tribunales se han venido pronunciando en la última década. Así se apunta la necesaria reforma del art. 52 ET en varias de sus letras⁶⁶⁶. En muchas resoluciones el juzgador deberá examinar si el empresario cumplió con la obligación de ajuste razonable antes de calificar la decisión empresarial del despido⁶⁶⁷.

18. RIESGOS PSICOSOCIALES DERIVADOS DE LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO: UNA PERSPECTIVA COMPARADA*

MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ

Profesora Titular acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Jaén ⁶⁶⁸

1. INTRODUCCIÓN

El tiempo de trabajo es, desde finales del siglo XIX, objeto de regulaciones estructuradas por una sucesión de retos: mejora de las condiciones de trabajo, flexibilidad productiva, empleo... Las diferentes regulaciones se han ido dirigiendo hacia diferentes conceptualizaciones temporales en el cómputo del tiempo de trabajo: jornada, semana, año... Actualmente los debates sobre las mutaciones del trabajo, sobre todo con el impulso de la pandemia, han situado en el punto de actualidad la articulación entre la vida profesional y la vida personal, incitando a afrontar una regulación del tiempo de trabajo que tenga en cuenta el transcurso de los tiempos vitales.

Nunca como ahora podría cobrar tanto sentido el término “trabajo en movimiento”, por la sumisión del trabajo actual a las profundas transformaciones, sobre todo en la manera en que se ejecuta y la organización del tiempo de presencia –o de conexión– en el trabajo.

El tiempo de trabajo es un elemento del contrato de trabajo que constituye la manifestación más tangible del vínculo de subordinación, esto es, lo que hace entregar al empresario la organización como mínimo, de la tercera parte del tiempo diario, eso, si no incluimos los desplazamientos del domicilio al trabajo y viceversa, algo que se cuestiona en algunas de las últimas sentencias publicadas, antes de la crisis. De hecho, la duración del trabajo o la forma de organización del tiempo– horarios estándar o atípicos, tiempo completo o tiempo parcial, plazos de aviso en caso de cambio de horario, posibilidad o no de ausencia del trabajo...– condiciona las modalidades de articulación entre los diferentes tiempos sociales. Tiempos que se fueron rediseñando con la incorporación paulatina de la mujer al mercado de trabajo y la instauración, en un primer nivel, de la doble jornada, superando los planteamientos de un régimen fordista en el que el hombre era el principal, sino el único, proveedor de recursos monetarios. Esta dilución del tiempo se ha hecho más patente, sobre todo para la mujer, cuando la imposición del teletrabajo como medida de mantenimiento de la actividad en situación de confinamiento, ha trasladado el trabajo al domicilio y ha evidenciado nuevas dificultades de conciliación.

Así, sin superar el nivel anterior, los nuevos contextos de trabajo plantean nuevos desafíos. La transformación de las nuevas estructuras temporales de trabajo, ha hecho emerger la cuestión de la articulación entre vida profesional y vida personal como uno de los retos de las políticas de tiempo de trabajo de los nuevos tiempos. Trabajar por las noches o los fines de semana, en los tiempos dedicados a la vida personal, se ha convertido en algo habitual. Tanto, que ha supuesto la introducción de una nueva categoría de riesgos laborales asociados a las transformaciones del trabajo, riesgos que desbordan la esfera de lo físico y que se reconocen como riesgos psicosociales.

El camino del reconocimiento de estos riesgos no está siendo fácil, entre otras cosas porque el término “riesgos psicosociales” es difícil de gestionar en derecho porque no es objeto de ninguna categoría jurídica. La confusión existente entre los “riesgos” y los “problemas”, algo que genera incomodidad en el jurista, es mayor cuando se trata de introducir el informe subjetivo de la persona en su ambiente de trabajo. Incluso, en este contexto, inclinarse sobre las TIC y su impacto sobre la salud y seguridad de los trabajadores pone de nuevo a prueba al derecho del trabajo⁶⁶⁹.

2. EL CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO

La definición de tiempo de trabajo efectivo viene heredada de la sociedad industrial y de los modos jerárquicos de organización que de ella se derivan. Esto vale tanto para el derecho nacional como para el derecho comunitario. La sociedad del conocimiento que nace poco a poco a partir de la introducción de las TIC –digitalización, robótica, inteligencia artificial– no puede sino conducir a una toma en consideración del grado de autonomía del trabajador. La regulación de la duración de la jornada de trabajo está directamente relacionada con la salud y vendrá a definir la duración del trabajo de manera negativa, es decir, por oposición al concepto de descanso.

Vamos a realizar un somero repaso normativo sobre la definición de tiempo de trabajo para poner en evidencia que la formulación general y las propias de un tiempo determinado se conciben en función de los modos de organización del trabajo en la empresa. La concepción amplia de la subordinación jurídica identitaria del contrato de trabajo –fundada sobre la idea de que el trabajador es un “menor social” que hay que proteger y

comprender–, tiene sentido, sin duda, en un universo marcado por la unidad de tiempo, de lugar, de acción, que caracterizan a la empresa industrial –clásica– que se va diluyendo en la civilización del conocimiento que se deriva del progreso de las TIC.

La Directiva 2003/88/CE de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos del tiempo de trabajo⁶⁷⁰ define el tiempo de trabajo como “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Según el TJUE (casos SIMAP, Jaeger y Dellas⁶⁷¹) “el tiempo de descanso es definido por oposición, como *todo período que no sea tiempo de trabajo*, por tanto, tiempo de trabajo será cualquiera que se destine a estar a disposición del empresario, sin tener en cuenta la intensidad de la actividad desempeñada durante el mismo”.

La misma Directiva, en nombre de la protección de la salud a la que hace referencia en su preámbulo –además de a la Directiva de 14 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo⁶⁷²–, establece la obligación de unos tiempos de pausa mínimos cuando la duración de la jornada continua excede de 6 horas, así como los tiempos de descanso mínimos entre jornadas de trabajo.

La importancia de la definición del tiempo de trabajo en referencia a las modalidades de organización del trabajo en la empresa, se incrementa por la necesaria importancia del derecho a un trabajo decente con una duración razonable y una mejora de la remuneración de las horas realizadas más allá del umbral permitido. Si bien esto deriva de la Carta de Derechos Sociales de 1961, revisada en 1995, los textos fundamentales de la UE se refieren al convenio de vigilancia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales y a esta carta, como al resto de jurisprudencia europea relativa a la Directiva 2003/88/CE. No es baladí señalar que el Comité Europeo de Derechos Sociales –incluso aunque sus decisiones no sean vinculantes al no tratarse de un tribunal–, condenó la disposición del Código de Trabajo francés en lo que se refiere a los “forfait jours”, esto es, a la gestión autónoma del trabajador en la que no existe ni horario ni horas

extraordinarias, determinándose solo el tiempo de descanso legal (11 horas al día) y una jornada semanal de 35 horas, argumentando que atenta contra la exigencia de una duración razonable del trabajo en relación a los derechos fundamentales (protección de la salud y duración máxima del trabajo)⁶⁷³. Sin embargo, a mi juicio, este concepto sería perfectamente asumible y revisable ante la obligación del teletrabajo, durante y post Covid-19, porque ya no se volverá, inevitablemente, a los parámetros anteriores a esta crisis.

En similar sentido el artículo L3121-1 del Código de Trabajo francés establece como tiempo de trabajo “la duración del trabajo efectivo y el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del empresario y debe ajustarse a sus directrices sin poder dedicarse a sus ocupaciones personales”. Los debates en la Asamblea Nacional referidos a este artículo demuestran las dificultades para concretar la lista de modalidades de tiempos en la vida de la empresa tras una abundante jurisprudencia interpretativa y pese a los artículos complementarios que apuntan a introducir definiciones de tiempo para cambiarse de ropa, tiempos de desplazamiento y sobre todo tiempos de equivalencia que, bajo el imperio de la ley de las 40 horas, resurgen de los decretos profesionales propios de cada profesión.

a. Hacia una definición coherente con la sociedad del conocimiento

Todas las revoluciones tecnológicas han tenido efectos importantes. Cada una de ellas se ha caracterizado por destrucción de empleo más que por la creación de empleo vinculada a una mayor productividad y mejores cualificaciones, y la convivencia de las actividades tradicionales con las nuevas actividades, asociadas al progreso tecnológico, progreso que también facilita el progreso social. La nueva revolución tecnológica en marcha no tenía ninguna razón para no traducirse en similares efectos, mucho mayores en tanto que la digitalización y la robótica revolucionaban ya la vida cotidiana, incluso la mentalidad de las personas. Lo evidencia el hecho de que, contrariamente a lo que provocaron las anteriores revoluciones tecnológicas, los instrumentos de la actual afectan no solamente a la actividad profesional, sino también a la vida personal. Por esto, la frontera entre vida personal y laboral es cada vez más difusa.

Lo que supone 43 y 40 puntos respectivamente por debajo de la población sin discapacidad, Datos del INE “El empleo de las personas con discapacidad. Año 2018”, publicado 18/12/2019.

⁶²³ Materia abordada por los arts. 30, 33, 38 y 40, entre otros, de la Ley de empleo. A la que también se refiere el art. 37 LGDPCD, que da un tratamiento de igualdad al empleo protegido, ordinario y el empleo autónomo de las PCD.

⁶²⁴ Como ha puesto de manifiesto el TS al declarar que incurre en *ultra vires* el art. 4.2 RDLegislativo 1/2013 por exceso en la delegación legislativa, que sólo puede serlo a los efectos de esta ley y no a todos los efectos (variados y muy heterogéneos del reconocimiento del grado de discapacidad del 33%), en Sentencia de 29 noviembre 2018, no pudiendo equiparar el reconocimiento de una pensión de incapacidad laboral en sus grados total, absoluta o gran invalidez con toda discapacidad.

⁶²⁵ Es relevante el número de discapacitados perceptores de prestaciones de incapacidad o aquellos que fueron reconocidos como dependientes al amparo de la Ley 39/2006, estos forman el núcleo de los discapacitados activos, compatibilizando prestaciones e ingresos del trabajo. Esta idea en SERRANO ARGÜELLO N. (2016), “La protección a los discapacitados en el trabajo: del perfeccionamiento legal a sus últimos avances a través de la jurisprudencia comunitaria”, en AAVV: Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad, pp. 312-313.

⁶²⁶ La más relevante fue la Ley 13/1982, LISMI, que incorporaba la cuota de reserva, RLE de discapacitados. Son ilustrativas sus exposiciones de motivos.

⁶²⁷ Con los precedentes de las Convenciones sobre la igualdad de 1971 y 1975 que ya se refirieron al rasgo de la discapacidad.

⁶²⁸ Primero con la rápida transposición de la Directiva mediante la Ley 62/2003, después gracias a la Ley 26/2011 que adapta a nuestro ordenamiento a la Convención de Naciones Unidas, luego refundidas casi todas las normas en el RDLegislativo 1/2013 regulador mediante una Ley General los Derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.

⁶²⁹ Ya hemos tenido ocasión de observar sobre esta cuestión que el empleo protegido, otrora preferente, es casi la única vía real de integración laboral de PCD, SERRANO ARGÜELLO N. (2016), *cit.*, p. 324.

⁶³⁰ Aun parece lejano el tratamiento jurídico con la terminología emergente de diversidad funcional a la que aluden algunos autores, instituciones y asociaciones.

⁶³¹ Por todos, DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA C. (2015), La inserción laboral de las personas con discapacidad mental, Tesis doctoral, pp. 219 y ss., el autor reclama un mínimo de experimentación para la PCD adecuada a sus necesidades específicas del puesto de trabajo y una regulación de este instituto que sirva a los intereses de ambas partes cuando de una PCD mental se trata.

⁶³² A la que a veces no ayudan reglas que, por ejemplo, en los contratos formativos permiten alargar los periodos de integración laboral, o que admiten las contrataciones temporales

extraordinarias de fomento del empleo de la PCD en vez de estimular la estabilidad en el empleo de la PCD.

⁶³³ Algunos de los preceptos de Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social que se aprueba por RDLegislativo 1/2013 (LGDPCD) deberían incorporarse al ET, en particular los arts. 35 a 52 referidos al trabajo de la PCD.

⁶³⁴ De la que un nuevo exponente es el RDL 3/2020, que traspone al ordenamiento interno diversas Directivas relativas a la contratación pública en determinados sectores (agua, energía, transportes y servicios postales) y la adjudicación de contratos de concesión, por ejemplo cuando en su art. 65 permite reservar contratos o lotes con un porcentaje de trabajadores discapacitados de al menos el 30%, el art. 66 al fijar entre las características sociales del contrato la integración de PCD e inserción sociolaboral, o pudiendo establecer como criterio de desempate tener en plantilla un mayor porcentaje de discapacitados que el que le exige la normativa y entre éstos de mayor porcentaje de fijos o, en fin, las ideas contenidas en el art. 105 en relación a la ejecución del contrato bajo lo que se denomina “*condiciones de carácter social*”: hacer efectivos los derechos de las PCD recogidos en la Convención de Naciones Unidas, contratar un número de PCD superior al exigible conforme a la legislación nacional o también promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral citándose expresamente a las PCD y el art. 106 sobre información de las entidades y los licitadores de las obligaciones del empleo y de condiciones de trabajo, cuando se impone la obligación de contratar a un porcentaje específico de personas con discapacidad.

⁶³⁵ La aptitud es decisiva para el desempeño del trabajo de la PCD. Por el contrario el considerando 17ª Directiva 2000/78 recuerda que no será posible desempeñar el puesto por persona no competente, no capacitada o disponible para el desempeño de las tareas fundamentales del puesto de trabajo, aquellas personas que no poseen las capacidades necesarias o careciendo de aptitud y existiendo razón objetiva y justificada en relación con las exigencias objetivas de interés general, sea necesaria y no constituya carga desmesurada, así STJUE 22 mayo de 2014, C-356/12.

⁶³⁶ Lo veremos en relación con estudio del tiempo de trabajo pero esta falta de protección se observa en el momento del despido en buena parte de las regulaciones del despido objetivo del art. 52 ET, la recogida en la letra a) despido por ineptitud, y la recientemente derogada letra d) despido por absentismo (derogada por RDLey 4/2020, de 18 de febrero); también en la letra b) por la falta de adaptación al cambio si al trabajador discapacitado no se le ofrecen reglas que prolonguen los tiempos (exigidos a los trabajadores ordinarios) y tengan en cuenta los apoyos recibidos. En todo caso ya se ha anunciado que en ocasiones estas regulaciones corren el riesgo de encubrir discriminaciones indirectas para las personas con discapacidad en tanto en cuanto de su situación y salud puede derivar la alteración de la capacidad de trabajo si no se atiende a la PCD.

⁶³⁷ Art. 5 de la Directiva 2000/78/CE.

⁶³⁸ Correlativamente deberían modularse igualmente el poder disciplinario y las facultades sancionadoras así como el régimen premial de la empresa atendiendo a la discapacidad.

⁶³⁹ Reconocimiento tardío que apareció con la Ley 3/2012 (art. 40.3 ter), hoy el apartado 5º del art. 40 ET.

⁶⁴⁰ Aunque se llama a la negociación colectiva por el art. 40.7 ET y debiera hacerlo directamente el legislador estableciendo una prioridad.

⁶⁴¹ Art. 51.5 ET, hemos sostenido que igualmente habría de extenderse a suspensiones y reducciones del art. 47 ET, SERRANO ARGÜELLO N., *cit.*, p. 326.

⁶⁴² Las PCD presentan problemas en cuanto a las altas tasas de temporalidad (muy acentuada, en especial d en las nuevas contrataciones) y a las mayores contrataciones a tiempo parcial (superior a la de los trabajadores sin discapacidad), visibles en las estadísticas.

⁶⁴³ Art. 40 LGDPCD, anterior art. 37 bis de la LISMI.

⁶⁴⁴ Comentada por CUBA VILA B. (2014), “Acerca de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2013: diferencia de trato por discapacidad. Medidas de ajuste razonable”, IL 3/2014.

⁶⁴⁵ Considerando 20 que refleja: *“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 instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”*.

⁶⁴⁶ Recordemos que el precepto se refiera a las medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad que deben adoptarse, éstas podrán ser acciones positivas, así como la obligación de realizar ajustes (razonables) tanto de adaptación como de accesibilidad.

⁶⁴⁷ Arts. 17.2 ET y 42 LGDPCD.

⁶⁴⁸ La redacción vigente de 2019, es restringida, se refiere en exclusiva a la conciliación de la vida familiar y laboral, la previa era más acertada y además acorde con el Derecho social europeo de ya que citaba también la conciliación de la vida personal de los trabajadores. También ha quedado en papel mojado la racionalización de los horarios en aras a la conciliación a que se refería la DA 17ª de la Ley 3/2012.

⁶⁴⁹ Los juzgados ya empiezan a reconocer, con apoyo en el art. 34.8 ET, derechos de adaptación horaria y conciliación que superan los previstos por el art. 37 ET (en distintos apartados 4º, 5º, 6º, 8º y otros), como por ejemplo la SJLS nº de Valladolid de 22 de noviembre de 2019, creemos que esa misma interpretación debe extenderse a la PCD. Téngase presente que para este ensanchamiento de los derechos de adaptación de jornada también se puede encontrar el apoyo en el art. 9 de la Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio, referido a fórmulas de trabajo flexible, pero hay varios inconvenientes

(1) se refiere a cuidadores *“para ocuparse de sus obligaciones de cuidado”*, (2) parece que se cierra a hijos de hasta una edad determinada –lo que entroncaría con las limitaciones

del art. 37.6 ET que si bien mejora la directiva de 8 a los 12 años no contempla otras necesidades- y (3) no menciona en su literalidad a otras personas distintas de los hijos, no a los discapacitados a cargo, ni tampoco cuando el trabajador discapacitado sea el necesitado de la adopción de estas medidas de trabajo flexible.

⁶⁵⁰ Considerandos 7, 20 y 21.

⁶⁵¹ Completado por los arts. 4 y 5 de la Convención.

⁶⁵² Adviértase que nuestra LGDPCD recoge dos definiciones una de discapacidad en el art. 2. a) y otra de personas con discapacidad en el art. 4.1, siendo más preciso el último de los preceptos pues apunta las deficiencias de las personas (físicas, mentales, intelectuales o sensoriales).

⁶⁵³ Anexo I párrafo 20 de la Directiva Marco 89/391/CEE, al recoger concretas llamadas a la organización de los lugares de trabajo atendiendo a los trabajadores con discapacidad y mencionando algunas barreras (puertas, pasillos, escaleras, lavabos).

⁶⁵⁴ Indudablemente para evitar que el coste económico suponga esa carga excesiva es imprescindible el incentivo y las ayudas directas de la Administración y el criterio de medición serán estas ayudas y los costes financieros, la dimensión de la empresa y su volumen de negocios.

⁶⁵⁵ Identificado como el ejemplo más paradigmático del cambio de concepción de la discapacidad por GUTIÉRREZ COROMINAS D. (2019), “La adaptación de la extinción por la ineptitud sobrevenida del trabajador con discapacidad a la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad: ¿Una cuestión pendiente?”, Rev. Relaciones Laborales nº 3, p. 1 versión electrónica.

⁶⁵⁶ STJUE 11 de abril de 2013, en la resolución 22 de mayo de 2014, caso Glatzel, incide en que discapacidad y enfermedad son dos nociones diferentes pero intercomunicadas.

⁶⁵⁷ La STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335 y 337/11, HK Danmark, abre la puerta a la enfermedad, asimilando determinados supuestos de enfermedad al concepto de

discapacidad, así acoge la Convención de Naciones Unidas tratando la discapacidad como un

concepto dinámico.

⁶⁵⁸ A la que apuntan las estadísticas laborales y el observatorio de PCD.

⁶⁵⁹ Parafraseado el art. 1 de la Convención de 2006.

⁶⁶⁰ Directiva 2010/18 de 8 de marzo, Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, que citaba la necesidad de regulación de permisos parentales en caso de hijos con discapacidad (considerando 3) y sus especiales necesidades (considerando 17).

⁶⁶¹ Considerando 37 y art. 5.8, que al regular el permiso parental llama a los EEMM a atender a las singularidades para los *progenitores con una discapacidad*, si fueran necesarias, y la posible regulación en este (y otros) casos de adaptación de las condiciones de acceso y modalidades detalladas del permiso.

⁶⁶² Como la no discriminación por razón de sexo.

⁶⁶³ Y todas estas cuestiones vinieron expuestas en la Ley 3/2012 (DF 12ª punto 3, DF 16ª) y es necesario retomarlas, porque sigue siendo necesaria una labor más incisiva del legislador en favor de la inclusión laboral de las PCD.

⁶⁶⁴ Se recogía en el III AENE 2015-2017 respecto de los ajustes razonables para la correcta adaptación del puesto de trabajo en atención a la discapacidad.

⁶⁶⁵ Párrafo 55 STJUE 11 abril 2013.

⁶⁶⁶ Que va más allá de la *fácil* derogación del apartado d) del art. 52 ET que se produjo por el RD-Ley 4/2020 y posterior Ley 1/2020.

⁶⁶⁷ En relación con la extinción la STS de 22 de febrero de 2018 pone de manifiesto este control, siendo obligado examinar si se realizaron los pertinentes ajustes en cada caso; teniendo en cuenta que de este pronunciamiento deriva la necesidad de ir analizando escalón a escalón (agotando las medidas y adaptaciones posibles y exigibles al empresario y el cumplimiento de la obligación de ajuste razonable) antes de dictaminar si la medida empresarial es conforme al ordenamiento jurídico y no es discriminatoria para el trabajador y que en todo caso declarar una falta de aptitud para el trabajo de la persona con discapacidad (al albur del art. 4 ET y los arts. 52 ET y 51) sólo es posible cuando previamente se pusieron los medios para la adaptación del puesto de trabajo, lo que hace que se interprete que las medidas extintivas son subsidiarias de estos ajustes razonables y si no hubo ajustes la resolución judicial puede apreciar discriminación por razón de discapacidad y por la tanto también la nulidad del despido.