

Capítulo 4

LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ESTUDIADA DESDE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN. EL AJUSTE RAZONABLE COMO MEDIDA ANTIDISCRIMINATORIA

NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad de Valladolid*

Sumario: I. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD Y LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL II. EL AJUSTE RAZONABLE DEL PUESTO DE TRABAJO, MECANISMO DE INCLUSIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 1. Aproximación a la preferencia normativa del ajuste razonable. 2. El ajuste razonable desde el derecho comunitario. 3. La (in)concreción en el derecho español del trabajo de los ajustes razonables. 4. Desenvolvimiento del ajuste razonable y su límite "de carga excesiva". III. LA TOZUDA REALIDAD REFLEJA INSUFICIENTE ATENCIÓN A LAS MEDIDAS DE INTEGRACIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES IV. EL CRUCE ENTRE TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LAS INCAPACIDADES LABORALES. V. REFLEXIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD Y LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL

En el marco del empleo, un rasgo de discriminación digno de atención especial viene siendo la discapacidad, la preocupación surge en primer término por la persistente y duradera fractura en el tiempo que constituye la escasa integración laboral de las personas con discapacidad y las dificultades de reconocimiento de su actividad laboral como trabajo productivo, debido a la falta de empleo relacionada con muy

bajas tasas de actividad y por los problemas de acceso, permanencia, mantenimiento y no exclusión.

Tradicionalmente se observa un acercamiento tímido del legislador frente a las discriminaciones por razón de discapacidad, presente en las normas europeas, también en las nacionales cuando se regulan medidas palmariamente insuficientes para la inclusión laboral (el ejemplo de la cuota de reserva sería uno de ellos si nos fijamos en España una medida pensada para un tejido empresarial –con 50 o más trabajadores– que no es preponderante en nuestro país y persigue la inclusión en un porcentaje bajo tanto para la empresa privada –2%– como, igualmente exiguo, para la Administración pública –la cuota estimada lo es en el ámbito del empleo público sólo para los nuevos ingresos y no para los contingentes existentes en ella–, además de permitir medidas alternativas a la contratación de personas con discapacidad que perpetúan la preferencia de fórmulas de empleo protegido y, por ello, se alejan de la inclusión plena mediante empleos ordinarios). La tozuda realidad nos muestra numerosas e importantes barreras laborales, fáciles de ver, pero sobre todo una fuerte segregación laboral de la discapacidad en el trabajo²⁵⁸.

Como es sobradamente conocido, la aptitud para el desempeño del trabajo va a ser clave en la integración laboral de las personas con discapacidad. La relectura atenta del art. 4.2 c) ET nos lo recuerda, los trabajadores no pueden ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo²⁵⁹.

²⁵⁸ El tratamiento de los incentivos al empleo de las personas con discapacidad que parte de la Seguridad Social, de las ayudas fiscales y de las ayudas de las CCAA al empleo, por poner un ejemplo bien claro, reflejan esta miope y sesgada perspectiva. Por otro lado, se ha calificado al empleo como esfera de discriminación por razón de discapacidad que es *tan preeminente como persistente*, como puede leerse en la STC de 15 de marzo de 2021 [FJ 4º], con cita literal de la Observación General nº 5 sobre las personas con discapacidad del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas de 1994 en su párr. 20.

²⁵⁹ La lectura de este precepto también se infiere del concepto de persona con discapacidad de la Unión europea que se obtiene de la Directiva 2000/78 porque, a fin de cuentas, la discapacidad es un obstáculo para el ejercicio de la actividad profesional, no es un impedimento ni tampoco la imposibilidad del desarrollo del trabajo. Por otro lado, el control de la vigilancia de la aptitud laboral no puede desvincularse de la vigilancia de salud que se establece en la LPRL (en su art. 22),

Ni siquiera el abordaje legal de la discriminación por discapacidad ayudará, al presentarnos facetas diferenciadas de los otros rasgos de la persona prohibidos por discriminatorios. Pero es que tampoco el concepto extensivo de la noción de discapacidad que predicen los juzgadores ayuda a los discapacitados, porque a medida que crece e incluye a *otros* (enfermos, obesos, los reconocidos incapaces laborales) deja de centrarse en la persona con discapacidad, nublando el tratamiento y/o hasta prostituyendo el diseño originario en tanto en cuanto las personas con discapacidad presentan siempre mayores dificultades de inclusión laboral y es un grupo que sigue quedando orillado, lejos del trabajo. En nuestra opinión es necesaria una atención concreta, bien definida, a la discriminación por enfermedad y no es buena la solución actual que pasa por (re)convertir la enfermedad en discapacidad²⁶⁰ (como se hace con cotidianidad por los intérpretes judiciales²⁶¹, y hasta se acoge con cierta complacencia por el legislador²⁶²) también han pasado a conformar el núcleo de la discapacidad otras circunstancias o factores (físicos o psicosociales) como la obesidad, sin perjuicio de su necesario examen por el derecho antidiscriminatorio del empleo y su tratamiento legal como criterios discriminatorios porque, efectivamente, son tratados como un estigma para la persona que los padece (enfermedad, obesidad u otros, incluido –cada vez más– el envejecimiento²⁶³).

gracias a ella se determinará si el trabajador es apto o no para el trabajo, si puede proseguir con normalidad realizando las funciones de su puesto de trabajo. El considerando nº 17º de la Directiva refuerza esta idea pues no obliga a contratar o mantener en el trabajo (ni a ascender, ni formar) a quien *no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate*.

²⁶⁰ O peor aún transformar equivocadamente los estados de salud en discapacidades.

²⁶¹ Así, en sede judicial, se utiliza el curioso circunloquio de enfermedad equiparable a la discapacidad.

²⁶² Sirva de ejemplo la Ley 1/2020, y ello pese a que unos meses antes la STC 118/2019, de 16 de octubre, declaró la constitucional del art. 52 d) ET no encontrando en el citado precepto (precisamente derogado por la Ley 1/2020) un ataque que encubriese la discriminación por discapacidad.

²⁶³ Ya hay ordenamientos jurídicos que dan un paso adelante en la protección más fuerte frente a la discriminación de estos dos (o tres) rasgos tras comprobar la respuesta social, también el intérprete judicial en ocasiones dota de protección, por ejemplo, en España nuestro TC dio un paso al frente con la discriminación

La prohibición de discriminación impide el trato diferente basado en la discapacidad de la persona. Resulta muy difícil comprender la protección frente a la discriminación sin asirla fuertemente a la dignidad de la persona²⁶⁴ (art. 10.1 CE), más aún si el rasgo es precisamente la discapacidad, la propia LGDPD (en su art. 1) al describir su objeto menciona aquel precepto constitucional vinculándolo precisamente, entre otros aspectos, a la erradicación de toda forma de discriminación. En ocasiones de esa prohibición de discriminación hay que salvar no sólo a la persona sino al grupo²⁶⁵, ya que por su pertenencia al colectivo se le excluye, segrega o/y aparta del trabajo; ello es lo que provoca que la discriminación sea una lesión de la dignidad humana.

Sin duda el resurgir la dignidad de la persona con discapacidad más allá de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha llevado a la aprobación de la Convención de Nueva York de 2006, evitando la continuidad de la ingente cohorte de normas que en todas las latitudes minusvaloraban a estas personas por su discapacidad, reconociéndoles ahora su autonomía y por ende su capacidad, sin olvi-

por el virus VIH. Por el contrario, la STC 62/2008 no apreciará la situación de enfermedad como discriminatoria. No obstante, las transformaciones de los ordenamientos jurídicos actuales comienzan a mencionar expresamente la enfermedad como un rasgo digno de atención en las exigencias del cumplimiento del principio de la igualdad de trato y oportunidades.

²⁶⁴ Nuestro TC ha tenido ocasión de vincular la discriminación con prácticas contrarias a la dignidad de la persona, por ejemplo, en la STC 128/1987. En referencia a la discapacidad lo hace en la STC de 15 de marzo de 2021 que más tarde refuerza con la siguiente declaración al tener en cuenta la aplicación de Tratados y normas internacionales *"La aplicación de la cláusula del art. 10.2 CE conlleva que, en este tipo de casos, el Tribunal otorgue especial relevancia exegética a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con Discapacidad..."* [F] 3º en el que se fija en la discriminación por razón de discapacidad y la vulneración del art. 14 CE]. Procede a recordar lo que indican los arts. 1, 2 y 5.3 de la Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006, al definir a los discapacitados, proscribir la discriminación por el rasgo de la discapacidad y recordar la exigencia a los Estados de adoptar *todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de los ajustes razonables*.

²⁶⁵ Una perspectiva que no compartimos en su totalidad identifica la prohibición de discriminación con la situación pasada, de desventaja, que ha sufrido un colectivo, con la historia previa discriminatoria que ha sufrido el grupo (mujeres, negros, discapacitados, etc.), con los estereotipos excluyentes y las diferencias peyorativas padecidas.

dar su participación en todos los aspectos de la vida social, económica, política, etc. La no discriminación supone que el trato que recibe la persona con discapacidad no sea peor o inferior a las personas, que no les convierta en ciudadanos sin derechos, con derechos limitados o simplemente apartados del disfrute de los derechos, incluidos los provenientes del trabajo (acceso, mantenimiento y permanencia en el empleo²⁶⁶) [cualquier lector sagaz descubre que, precisamente, ese es el brutal peregrinaje padecido históricamente por las personas con discapacidad desde el derecho, la legislación, la aplicación normativa y también observable en las prácticas sociales –nuestras prácticas sociales-].

La prohibición de discriminación ocupa espacios amplios, pues resulta exigible frente a todos pero se descubre, al profundizar en este motivo (de la propia persona o de sus allegados), cómo la prohibición de discriminación por discapacidad muestra unas aristas peculiares, la aptitud para el trabajo (a la que nos hemos referido anteriormente, recogida en el art. 4.2.c) ET), la limitación de su exigibilidad o eximente de cumplimiento sobre la base de justificación objetiva apoyada en una finalidad legítima, que además ha de ser tomada con una pauta de proporcionalidad (medios adecuados y necesarios) y, asimismo, la otra excepción cuando las medidas supongan una carga excesiva para el empresario (quien *prima facie* parece ser el sujeto responsable de adoptar las medidas adecuadas para garantizar el acceso, la incorporación y la promoción en el empleo de la persona con discapacidad), a la que se dedica el derecho antidiscriminatorio del empleo en Europa, en particular el art. 5 de la Directiva 2000/78/UE.

La prohibición por un rasgo de la persona como lo es la discapacidad invita a un examen de la norma, actuación o práctica discriminatoria y requiere un previo análisis de la clase o tipología de discriminación (directa, indirecta, por asociación, de acoso discrimi-

²⁶⁶ Si bien el legislador español en el art. 1 del RD-Legislativo 1/2013 hace mención expresa del acceso al empleo de la persona con discapacidad, olvidando la continuidad y mantenimiento del empleo. Por suerte la Ley de empleo, no cae en ese mismo error que arrastra la tradición afrontando sólo el acceso al empleo, propugnando además la inserción laboral o el fomento del empleo con todas las medidas e instrumentos de la, así llamada, política de empleo, por todos, los arts. 2 y 30.

natorio). Todos estos conceptos aparecen reseñados y son expresamente definidos por el legislador nacional (en el art. 2 LGDPD) e, igualmente, fueron concretados (con anterioridad en el tiempo) por la norma internacional.

En las definiciones legales se entremezclan los conceptos de la Convención de sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, con algunas de las sólidas construcciones terminológicas de las Directivas de la Unión europea referidas al marco de la igualdad de trato, de manera que se aporta la noción amplia de igualdad de oportunidades como ausencia de discriminación por motivo de discapacidad, se matiza que esta protección arroja fuera discriminaciones directas e indirectas independientemente de cómo se manifiesten (distinciones, exclusiones, restricciones), independientemente de si son un resultado atentatorio de esa igualdad (obstaculizan el ejercicio goce y reconocimiento) o son un mero *riesgo* (tenga el propósito), la igualdad de oportunidades también incluye las pertinentes medidas de acción positiva para lograr una mayor presencia de la persona con discapacidad en el empleo.

Se describe la discriminación directa como trato menos favorable a una persona por razón de su discapacidad²⁶⁷. La discriminación directa es casi siempre burda, se produce a primera vista por el rasgo en sí (la discapacidad), pero puede ser oculta aun siendo discriminación directa. Asimismo por la norma se perfilan los vértices de la discriminación indirecta, identificando el posible origen de la misma (norma, cláusula, pacto, decisión unilateral, criterio o prácticas y también –lo cual es un perfil característico de este rasgo de discriminación y no de otros- entorno, producto o servicio) y el efecto real o potencial de la discriminación por ocasionar desventaja a la persona por razón de discapacidad²⁶⁸, con la importante matización de que para que sea

²⁶⁷ En términos muy similares a la definición del art. 2.2 a) de la Directiva 2000/78/CE.

²⁶⁸ El derecho comunitario diseña los perfiles de la discriminación indirecta, allí donde la norma, disposición, criterio o práctica que en apariencia son neutros pueda ocasionar una desventaja a la persona con discapacidad y se valorará si la empresa para evitar esa situación adoptó las medidas adecuadas (los ajustes razonables), léanse los arts. 2b) y 5 de la Directiva 2000/78.

discriminatoria la disposición, práctica o el entorno...- debe no existir o faltar una finalidad legítima y, además, que los medios no sean adecuados y necesarios²⁶⁹. Pero resulta también destacable cómo la Directiva comunitaria establece una segunda excepción en relación a la persona con discapacidad, recordando que en este caso es obligado adoptar la medida del ajuste razonable para eliminar las desventajas de la legislación, práctica o criterio²⁷⁰. Como rápidamente se observa la discriminación indirecta es más velada (y hasta *furtiva*) pues exige el examen de instrumentos para su detección porque lo aparentemente neutro es finalmente discriminatorio por razón de discapacidad, de ahí que el examen sea más detallado atendiéndose al impacto de la medida sobre el grupo al que pertenece la persona (en este caso se les agrupa por la discapacidad). Ante cualquier posible discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad debe hacerse un escrutinio para sopesar además de la razonabilidad, la justificación y también la proporcionalidad de la norma, o de la medida adoptada o de la práctica empresarial ejecutada. El Tribunal Constitucional apunta como transcendental ante cualquier discriminación el canon de la proporcionalidad, herramienta útil para discernir si se produjo o no la discriminación.

En el largo elenco de definiciones en lo relativo a la discriminación por discapacidad son relevantes otras dos nociones complementarias de las anteriores, primero hemos de referirnos a la discriminación por asociación, que puede afectar a la persona o al grupo en que éste se integra, en este caso el comportamiento que arrastra el trato discriminatorio se produce por su vínculo con una persona con discapacidad y, el segundo apunte se refiere al concepto de acoso discriminatorio, consistente en una conducta no deseada relacionada con la discapacidad de la persona que persiga (tenga como objetivo) o consiga (tenga

²⁶⁹ Estos aspectos son reproducción literal de los términos que figuran en el art. 2.2 b) de la mencionada Directiva 2000/78/CE, que introduce como salvedad precisamente que la "*disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios*".

²⁷⁰ Nótese que esta exigencia sólo se contempla para combatir la discriminación por razón de discapacidad, art. 2.2 b) ii de la Directiva 2000/78/CE.

como consecuencia) atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo²⁷¹.

La discriminación por discapacidad en el mundo laboral debe ser analizada desde la presencia y permanencia en el empleo de las personas con discapacidad (lo cual exige detenerse y recalcar en distintos momentos que dificultan el acceso al empleo, perjuicios en sus condiciones de trabajo y desempeño del puesto, decisiones de abandono o cese –extinciones y dentro de ellas los despidos de los trabajadores por razón de la discapacidad llevados a cabo por los empresarios, tanto privados como también lamentablemente los públicos²⁷²-).

La discapacidad en clave de integración e inclusión laboral encuentra distintos frentes a los que combatir, más allá de las escasas regulaciones y de la baja tasa de participación del colectivo de personas con discapacidad en el trabajo, se observan otras barreras menos perceptibles que dificultan el acceso y la continuidad en el empleo, en particular por ejemplo los prejuicios (sociales, culturales, económicos o de otra índole) que no consideran productivo el trabajo que puedan realizar personas con discapacidad intelectual (no al menos igual de productivo que el de otro trabajador por entender -prejuizar- que su rendimiento será menor), sumado a ello las dificultades de acometer un ajuste razonable del puesto de trabajo. A los problemas descritos se une la ausencia de reconocimiento en las personas con discapacidad límite que, al no alcanzar el 33% para el reconocimiento del grado de discapacidad, apenas son tenidas en cuenta por los entornos laborales (no sólo en este plano). Esta situación ha hecho reflexionar sobre la necesidad de incorporar el concepto de la discapacidad aportado por la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, concepto que va más allá de la recepción actual en nuestras normas nacionales. Este

²⁷¹ La descripción es el fiel reflejo de la definición de acoso discriminatorio de la Directiva 2000/78/CE.

²⁷² Así lo observamos en la reciente STC de 15 de marzo de 2021 que, en este caso, sanciona a un funcionario sin haber adoptado medidas de ajuste razonable necesarias para su discapacidad intelectual (síndrome de Asperger). La sanción disciplinaria es la respuesta de la Administración pública porque no puede despedir, a diferencia del despido empleado por el empleador privado, se trata de una medida disciplinaria ciertamente más sutil pero igualmente lesiva de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad.

posicionamiento al menos ha conseguido romper una lanza en favor del discapacitado, especialmente sobre el discapacitado intelectual²⁷³.

Con profusa reiteración se ha puesto de manifiesto que faltan medidas para la inclusión laboral de las personas con capacidad intelectual límite que, sin embargo, tienen un fuerte potencial de integración laboral²⁷⁴. Se han planteado ayudas específicas para el fomento de su empleo, pero todavía hoy la respuesta legislativa es escasa, faltan medidas más incisivas para su plena inclusión laboral. Los datos estadísticos reflejan las muy bajas tasas de actividad de las personas con discapacidad, así para la discapacidad intelectual es de un 31.1% mientras la de personas con trastornos mentales algo menor de un 29.1%, las tasas de empleo son más preocupantes 20.2% y 17.6% respectivamente²⁷⁵, ello se acompaña con sus correlativas altas tasas de paro 35% y 39.5% para cada una de esas discapacidades mencionadas.

El art. 4.1 LGDPD quiso acoger la amplia noción de persona con discapacidad de la Convención internacional de 2006, por ello incorporaba junto a factores de la propia persona otros externos que producen barreras impeditivas de su plena participación. La apertura, novedosa, del concepto permite ofrecer oportunidades de empleo a las personas con discapacidad límite y proponer cambios no sólo legales sino de apertura social que integren e inserten laboralmente a las personas con discapacidad, también a las personas con discapacidad intelectual, ya que en muchas ocasiones el desconocimiento del potencial, habilidades y competencias productivas de estas personas las mantiene alejadas del mundo del trabajo. Al margen de la necesidad de incluir en distintas medidas al hablar de persona con discapacidad a la que lo es y no sólo aquella que tiene un reconocimiento y/o certi-

²⁷³ Las reformas normativas realizadas o las proyectadas a partir de ese momento en distintos ámbitos de la vida (reconocimiento de derechos de ciudadanía, aspectos del Derecho civil) han incidido en una transformación y reconocimiento de las personas con discapacidad intelectual, sin embargo, quizá la evolución relativa a la inclusión laboral se ha quedado anclada en sus primeros avances, que, sin duda, fueron notables pero a día de hoy son y, resultan, insuficientes.

²⁷⁴ Así *Informe Olivenza 2019, sobre la situación general de la discapacidad en España*, reflejando lo contenido en el informe del defensor del pueblo, pág. 61.

²⁷⁵ *Informe Olivenza 2019, sobre la situación general de la discapacidad...*, cit., pág. 210.

ficación²⁷⁶, ello beneficiaría a los discapacitados intelectuales para su integración laboral. Esta opción emana del propio concepto de discapacitado que parte de la Convención de Naciones Unidas de 2006, texto internacional del que deriva el necesario arranque conceptual novedoso de persona con discapacidad que, a la postre, será la que permitirá un (re)inicio de las acciones legislativas y prácticas empresariales para su integración laboral. La complejidad de la definición de la discapacidad ha sido bien tratada precisamente desde la exégesis de los elementos que recoge el precitado art. 4 LGPCD, aproximándonos a un concepto amplio de discapacidad, con una pluralidad de términos: discapacidad, deficiencia, grado de discapacidad, incapacidad, que son términos que necesitan de concreción para conocer la amplitud del concepto discapacidad²⁷⁷.

²⁷⁶ En este sentido ya hay autores que nos recuerdan que algunas de nuestras normas laborales, cuando se refieren a discapacidad la norma no exige el reconocimiento oficial de la discapacidad, no exige una declaración de tal, y recuerdan a su vez como la doctrina judicial admite considerar a persona con discapacidad a aquellas personas con dolencias constatadas –lo que incluye enfermedades– que ven alterada notoriamente su salud, siempre que sean duraderas o persistentes en el tiempo y lo apoyan en determinadas resoluciones (ya antiguas), como por ejemplo, la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 16 de enero de 1992, (Rec. n° 664/1991), también se nos recuerda que la Convención de derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas de 2006, al definir a las personas con discapacidad como aquellas que tengan 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, de la definición puede colegirse que en ella no requiere ni exige “ningún reconocimiento oficial de la discapacidad”, estas interesantes reflexiones son realizadas, por ejemplo con cita en el derecho de reducción de jornada del actual apartado 6° del art. 37 ET por razones de guarda legal al cuidado de una persona con discapacidad, por LOUSADA AROCHENA J. F. (2020), “Reducción de jornada y adaptación del trabajo por motivos de conciliación en la doctrina judicial”, Trabajo y Derecho, n° 70, La Ley 11566/2020, pág. 5 versión electrónica.

²⁷⁷ Véase la identificación de los vocablos sajones de *impairment* (deficiencia), *disability* (discapacidad) y *handicap* (minusvalía o barrera provocada por la discapacidad), para adentrarnos en el concepto de persona con discapacidad, que analiza con detalle ESTEBAN LEGARRETA R. (2017), “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”, Rev. Trabajo y Derecho n° 6, págs. 2 y ss. El autor explica como el art. 2 LGPCD ofrece un concepto de partida de la discapacidad para ser el art. 4 de la misma norma el que nos

Los problemas de las personas con discapacidad intelectual permiten diferenciar la puesta en marcha de acciones de las que con carácter general se aplican a las personas con discapacidad que miren más y mejor a sus singularidades y especificidades porque requieren especial atención, capaz de facilitar su integración e inclusión plena, que se haga dentro del dilatado haz de esta discapacidad (que abarca desde retrasos madurativos, deficiencias intelectuales y también en ocasiones se combina con ciertas demencias, enfermedades y trastornos mentales²⁷⁸), teniendo asimismo en consideración la amplitud de las tipologías en las que se clasifica la discapacidad y conociendo que en algunas personas concurre más de una deficiencia discapacitante²⁷⁹, de aquella catalogación hemos de concluir que la discapacidad sólo es comprensible si se aglutina y descubre como realmente es en la realidad, esto es en plural: discapacidades. En primer lugar, porque se trata de un colectivo que ha sido históricamente desatendido y, sin

define *strictu sensu* a las personas con discapacidad, y nos recuerda que son las personas las titulares de los derechos. Asimismo nos recuerda que el legislador español reproduce cual si fuera un calco de la definición que se encuentra en la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad, una definición con contundencia en el planteamiento social de la discapacidad al subrayar la importancia de las barreras generadas por el entorno y sus efectos sobre la persona y no pivotar solo sobre las deficiencias (físicas, sensoriales –particularmente de visión o sordera–, mentales –acogiendo también la enfermedad mental–, intelectuales –relacionadas con las dificultades del aprendizaje derivadas de limitaciones intelectuales–) o limitaciones funcionales del individuo.

²⁷⁸ Casi una quinta parte de las personas con discapacidad forman parte de este subgrupo de la discapacidad (en concreto el 19,1% de las personas con discapacidad con 6 o más años), Informe Olivenza 2019..., cit., pág. 138 que luego supone en el reconocimiento de un grado de discapacidad administrativamente reconocida igual o superior al 33% un total abrumador de 1.316.246 (si sumamos la deficiencia intelectual y del desarrollo y deficiencias y trastornos mentales) según datos de España de 1 de enero de 2018, cifras extraídas de la base de datos estatal de personas con discapacidad, ibídem, pág. 172. No obstante, las asociaciones cifran la deficiencia intelectual en porcentajes muy bajos, en el entorno del 1% (así por ejemplo se encuentra en la web de plena inclusión).

²⁷⁹ Una primera aproximación diferencia cuatro grandes grupos de discapacidad (física y otras –que pueden afectar al sistema osteoarticular, al neuromuscular, al cardiovascular, inmunológico y respiratorio o al digestivo, metabólico y endocrino–, intelectual, mental y sensorial –visual o auditivo– y se puede añadir un quinto grupo no clasificado –recogido bajo el ambiguo paraguas de otros o no consta–).

embargo, está necesitado de una sólida respuesta jurídica que permita mejorar su plena integración laboral. Probablemente ellos sufran los problemas identificados para las discriminaciones múltiples o cruzadas. En segundo lugar, porque es un grupo que carece de voz propia (son los padres o los responsables de la patria potestad o sus tutores quienes alzan la voz para que se les reconozcan derechos laborales y sociales²⁸⁰). No conviene olvidar que el propio ET hace algunos guiños a estas personas cuando atribuye capacidades al representante legal (ejemplos que encontramos en el art. 7 ET en referencia a la capacidad de obrar para formalizar un contrato de trabajo o también en el art. 53 ET, en este caso al conceder la licencia semanal para la búsqueda de empleo al representante legal del trabajador despedido por despido objetivo, cuando el despedido es precisamente la persona con discapacidad).

Parece necesario atender a la discapacidad intelectual límite, ello sin perjuicio de que la mayor protección del derecho español siga centrada en quienes alcanzan el grado de discapacidad legalmente fijado (el actual del 33%). A fin de cuentas, introduciendo una mirada jurídica y, necesariamente, normativa a la discapacidad límite, se trata de no desatender al muy heterogéneo conjunto de personas con discapacidad, sin dejar de reconocer la modulación legal justificada en esa mayor dificultad o grado *de discapacidad* más evidente y, además, aquel jurídicamente reconocido. Las normas laborales deberían indicar quién es trabajador con discapacidad con mayor amplitud, no ceñirse sólo a baremos de discapacidad y los grados de aquélla; baremos que, por otro lado, están llamados a ser revisados con premura (incrementando la presencia de los aspectos vinculados a las barreras sociales para las personas con discapacidad, no sólo los de la propia persona discapacitada, porque el actual baremo vigente sigue más cercano y apegado al llamado modelo médico que inmerso en el actual modelo social de la discapacidad o en el más avanzado

²⁸⁰ También Directiva 2000/78/CE permite en su art. 9.2 que la defensa ante las administraciones o ante los tribunales de los derechos de las personas con discapacidad se lleve a cabo por asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas con interés legítimo para velar por la igualdad de trato en el empleo, lo que incluye el rasgo de la discapacidad, legitimándolos para que inicien procedimientos en su nombre o en su apoyo y con su autorización.

de diversidad funcional, es necesaria la revisión que mire a los impedimentos externos y ajenos a la persona que impiden el desarrollo de la actividad(es). Como se ha indicado el RD 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad al regular la valoración de la incapacidad fija criterios para la determinación de la discapacidad con un peso de las deficiencias permanentes de la persona, con un reclamo más bien complementario y externo de los factores sociales, con poco peso específico, es decir otorgando un valor accesorio a estos pues sólo comienzan a ser tomados en consideración cuando se alcanza un mínimo de la evaluación que atiende a *órganos, aparatos o sistemas* de la persona²⁸¹. En román paladino se debe afirmar que el arquetipo del baremo de la discapacidad vigente (en 2020, el que contiene el anteriormente citado RD 1971/1999) no responde al modelo social, a pesar de que se examinen los factores sociales (entorno familiar, situación laboral y profesional, niveles educativos y culturales y otras situaciones del hábitat de la persona con discapacidad) pero su examen es residual.

Algunas normas autonómicas de los últimos años (pero en ámbitos diferentes al del campo laboral o disposiciones que van más allá de éste) rechazan toda norma o práctica que persiga para la discapacidad intelectual respuestas estereotipadas o una protección paternalista, apostando por el reflejo de la realidad y la inclusión de estas personas, con ello se persigue –como se indica en sus textos– el respeto de la dignidad de la persona discapacitada. También las normativas han de dar facilidades o canalizar medidas de fomento de su inclusión

²⁸¹ Así FERNÁNDEZ ORRICO F.J. (2017), *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite. Diagnóstico y propuestas*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, págs. 84 y ss. En otros ámbitos jurídicos también se reitera profusamente esta falta de aceptación legislativa del modelo social en la actualidad, por ejemplo, GARCÍA HERRERA V. (2019), “Hacia el modelo social de la discapacidad: una reforma que está pero que nunca llega”, *Actualidad civil* n° 7 y 8, *versión electrónica* LA LEY 9085/2019. La ineficiencia se hace visible en la práctica y la legislación porque aún hoy el diseño del modelo social de la discapacidad, entendido como un modelo capaz de superar el precedente modelo médico no alcanza su plenitud.

(según su grado de discapacidad serán necesarias determinadas medidas –accesibilidad²⁸² y otras-).

Recientemente se ha visto una calurosa respuesta por el Tribunal Constitucional español a esta realidad diferenciada de la discapacidad mental (sea por diversas causas, las psíquicas, las intelectuales o las cognitivas), después de reafirmar que estas personas encuentran, sin duda, mayores dificultades y barreras para integrarse en el trabajo²⁸³, reflexiona el Tribunal respecto a sus formas de discapacidad porque entiende que son menos conocidas y menos comprendidas, rodeadas de miedos, mitos y estereotipos que hacen a estos discapacitados especialmente vulnerables a la discriminación. Por ello recuerda que la atención y las medidas ante esta realidad puede dificultar su empleo y hace necesario que se tomen medidas (por las autoridades) que garanticen la igualdad de trato y oportunidades de estas personas con discapacidades mentales y, finalmente, subraya que es particularmente importante que el empleador adopte los ajustes razonables que necesarios y adecuados tan pronto como tenga conocimiento de la discapacidad y, en todo caso, antes de emprender cualquier acción que pueda ir en menoscabo del empleo y trabajo de estas personas²⁸⁴. El Tribunal citará como ejemplos de esos menoscabos el despido, la jubilación o la imposición de medidas disciplinarias. Y, por último, establece que estas medidas están vedadas por la prohibición de discriminación por razón de discapacidad (art. 14 CE) si se tomasen

²⁸² Por ejemplo, las pautas de lectura fácil para la discapacidad intelectual, que exige un esfuerzo al empresario y a los compañeros de trabajo en la transmisión de contenidos referidos a los diversos aspectos laborales (órdenes, tiempo de trabajo, medidas preventivas, manejo de herramientas y útiles de trabajo, explicación de procedimientos y organización, etc.). Un ejemplo lo encontraremos en la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón. Algunas de las normas autonómicas abordan, además de en el empleo, en una pluralidad de ámbitos como el sanitario, el educativo, los servicios sociales o la vivienda la necesidad de realizar los pertinentes ajustes razonables. Así mismo en ocasiones en las citadas normas autonómicas, con gran acierto, se establece la obligación de regular planes de accesibilidad para adecuar los entornos a la persona con discapacidad y, por lo tanto, realizando los ajustes razonables necesarios en atención a las exigencias normativas de accesibilidad.

²⁸³ Con cita de la Recomendación sobre la Política integrada de salud mental de la OCDE de 14 de diciembre de 2015, a la cual se adhiere España.

²⁸⁴ STC de 15 de marzo de 2021.

antes de cumplir con la obligación de adoptar los ajustes razonables en el puesto de trabajo. El empresario que no respete los ajustes razonables porque no los realice (porque considere no sean procedentes o resulten imposibles), cuando incumpla con la obligación o cuando no exprese motivadamente su decisión (por ejemplo, en los casos de considerar no ser necesarios o factibles), incurre en discriminación prohibida, aunque la ausencia se ampare en razones objetivas aparentemente neutras.

Nos parece lo más correcto en el marco de la relación laboral tomar como referente la noción de discapacidad presente en la Directiva 2000/78/CE *“limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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”*²⁸⁵ y hacerlo en relación con la noción más extensa de la Convención²⁸⁶.

Por otro lado, la discapacidad ha visto extender sus tentáculos alcanzando a enfermedades de carácter duradero²⁸⁷, ya que el carácter duradero o tiempo prolongado entra en la conceptualización y no es un óbice que esa duración tenga su origen en la enfermedad, el accidente, en condiciones físicas (obesidad) u otras (pueden ser muy diversos los

²⁸⁵ Considerando 28 de la Directiva.

²⁸⁶ Pues no hemos de olvidar que la Decisión del Consejo 2010/48 incorpora al acervo comunitario la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, adoptada en Nueva York en 2006. El art. 1 de la citada Convención de 2006 recoge esta noción de personas con discapacidad *“incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*. Como puede comprobarse son pequeños matices los que incorporan una y otra norma, resulta obvio que la definición de personas con discapacidad de Naciones Unidas adoptada en 2006 ha tenido muy en cuenta la noción que aportaba la Directiva comunitaria del año 2000.

²⁸⁷ Así se establece por el TJUE en distintas resoluciones como por ejemplo recientemente en la Sentencia de 18 de enero de 2018 que resuelve el caso c-270/2016, Ruiz Conejero, conectando enfermedad con discapacidad atendiendo a ese concepto de durabilidad que permite brindar, en este caso, al enfermo por su enfermedad durable la protección ofrecida a la discapacidad, al entender que se trata de una discapacidad del trabajador.

factores que inciden en la discapacidad de las personas en ocasiones se citan determinados los hábitos alimenticios, ciertos problemas de salud, pero también los abusos y consumo de determinadas sustancias –alcohol y drogas, aunque no sólo-, e incluso la influencia de factores ambientales, las exposiciones a determinados agentes o las ya citadas lesiones derivadas de los accidentes, de tráfico u otros accidentes, etc.²⁸⁸).

La prohibición de discriminación por discapacidad encuentra su sustento constitucional en el art. 14 CE, en la cláusula abierta que aparece recogida en el texto “o cualquier otra circunstancia personal o social”²⁸⁹. Regulación aplicable a las relaciones laborales y desarrollado gracias a la transposición de la Directiva 2000/78/CE. Sin embargo, la sólida protección constitucional se apega en el art. 49 CE y su mandato a los poderes públicos de realizar políticas integradoras (precepto del que se busca su reforma consensuada en el último lustro, justificada en el actual rechazo a una cuestión terminológica al utilizar nuestra Constitución el lenguaje propio de 1978 –e identificar persona con discapacidad con la palabra hoy degradada: *disminuidos*- y por focalizarse en una visión de fondo anclada en el entonces predominante modelo médico de la discapacidad, por dos veces en las legislaturas XIIIª y la actual XIVª se presentaba una reforma Constitucional del art. 49 CE, que hasta la fecha no ha fraguado²⁹⁰).

²⁸⁸ Y hasta, según en qué latitudes también las influyen en las discapacidades motivos exógenos como, entre otros, las catástrofes naturales y los conflictos armados.

²⁸⁹ Así se reconoce expresamente, por ejemplo, por la STC 269/2014 y más tarde por la STC 3/2018. Volverá a indicarlo en la STC de 15 de marzo de 2021, primera Sentencia del constitucional español que aborda los ajustes razonables en el empleo, lo hace en su FJ 3º en referencia a una discriminación por discapacidad intelectual, en este caso el Tribunal conecta el art. 14 CE con los arts. 9.2 y 49 CE y refuerza la idea del disfrute de los derechos que el título I de la CE otorga a los ciudadanos.

²⁹⁰ Planificación de reforma que, por cierto, presenta una redacción extensa que desborda la síntesis y concreción que debe contener un texto constitucional, descendiendo a ciertos aspectos que son propios de la Ley y no de una Constitución en la tradición europea (véase para corroborar estos extremos el proyecto presentado como medida de reforma constitucional el pasado 9 de septiembre de 2020, o también el anteproyecto y texto debatido en sede parlamentaria de reforma de la art. 49 CE propuesto a finales de 2018, durante la anterior legis-

La clasificación de las distintas tipologías de discriminación aparece reseñada en el ya citado art. 2 de la LGDPD que no sólo se refiere a la discriminación directa e indirecta (en sus letras c y d) sino también a otras, como la discriminación por asociación. Ya desde la concreción de la noción de discriminación se mencionan los necesarios ajustes razonables en la letra m) de este artículo 2 de la LGDPD.

La discriminación por motivo de discapacidad ha sido tratada en distintas resoluciones del TJUE, algunas de las más recientes que afectan a España, así para la discriminación directa del art. 2.1 de la Directiva 2000/78/CE (asunto Daouidi, de 1 de diciembre de 2016) para la discriminación indirecta (Ruiz Conejero, de 18 de enero de 2018 o Nobel Plastiques Ibérica, de 11 de septiembre de 2019), en este caso en relación con el art. 2.2 letra b) Directiva 2000/78/CE, donde se estudia cómo una decisión de empresa puede desfavorecer a trabajadores con discapacidad y se analiza si supone o no una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad. El Tribunal ofrece elementos precisos que deben ser analizados para detectar si se produce una discriminación por razón de discapacidad²⁹¹, recogiendo los criterios contemplados en la directiva, por ello es necesario examinar en el caso concreto (ante cada cuestión concreta) si los medios previstos en la práctica empresarial o en el precepto legal o convencional no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad establecida.

Discriminar -para ser mejor entendido- es segregar, apartar, arrinconar a la persona por ese rasgo de la discapacidad (en nuestro caso separarlo del mundo laboral), los ordenamientos jurídicos en ocasiones para corregir y prohibir la discriminación tienden a proteger en exceso a la persona con discapacidad provocando un efecto rechazo por parte de la sociedad o empresa y también en ocasiones por la propia persona a la que se tutela, puesto que se trata de una protección que se construye con un enorme paternalismo, con lo que ello supone de negación para la persona con discapacidad de sus libertades, del pleno y legítimo reconocimiento de sus derechos y de su desenvolvimiento en el mundo laboral. Paternalismo que es respondido desde

latura, sobre el que ya tuvo ocasión de emitir su Dictamen el Consejo de Estado en 2019, del que fuera ponente Landelino Lavilla).

²⁹¹ Los apartados 44 a 51 de la Sentencia Ruiz Conejero de 18 de enero de 2018, son un ejemplo.

la aprobación de la Convención de Naciones Unidas de 2006, en la medida que esa actuación del Estado no les ha reconocido ni su pleno estatuto de ciudadanos, ni en lo que a la materia laboral se refiere una capacidad de inserción e integración y lo que ello implica de pleno reconocimiento en el empleo.

Aquel tratamiento paternalista al discapacitado dificultará en vez de facilitar, como gran paradoja de las medidas establecidas, la igualdad de oportunidades en el empleo, sobre todo en el empleo ordinario virando la empleabilidad²⁹², *adaptación* y capacidad de mantener una ocupación de la persona con discapacidad al empleo protegido a semi-protegido (con apoyos o en enclaves). Comprender la prohibición de discriminación por razón de discapacidad exige de suyo permitir la accesibilidad (llamada universal²⁹³) y eliminar todo tipo de barreras a que se enfrentan las persona con discapacidad, también en el empleo. El ideal sería en el empleo ordinario. Y aún esperamos el desarrollo anunciado de una Ley de promoción de la inclusión laboral de las personas con discapacidad²⁹⁴, apuntalado en dos pilares; (uno): el sistema de promoción que facilite y apoye la creación de puestos de trabajo y (dos): el mantenimiento de empleos de calidad para las personas con discapacidad.

El complejo diseño de la discapacidad exige también observar cómo están más presentes las discriminaciones indirectas por la inac-

²⁹² Otras veces el paternalismo pretende la expulsión laboral sustituyendo el trabajo por el reconocimiento del beneficio de la protección social, la correspondiente prestación de Seguridad Social, como se observa, por ejemplo, en la STC de 15 de marzo de 2021 donde la primera medida buscada por la Administración de Justicia fue precisamente la declaración de jubilación por invalidez permanente del letrado de la Administración de justicia que padece síndrome de Asperger.

²⁹³ Los arts. 2 k) y 5 LGDPD lo contemplan como un principio, de accesibilidad universal. Su diseño legal pretende evitar situaciones de discriminación visibles. La Convención utiliza la terminología de diseño universal y como tal define en su art. 2: "*el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado*". Así mismo indica que el *diseño universal* no excluirá otras acciones, instrumentos o medidas como, cuando se necesiten, las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad.

²⁹⁴ Que figuraba en la DF 6ª Ley 3/2012, de 6 de julio, que mandataba presentar un proyecto de Ley en el término de 12 meses que se cumplieron en julio de 2013, hace ya siete años.

ción, la pasividad y no sólo las discriminaciones directas frente a la discapacidad; discriminaciones indirectas que destapan o descubren la persistente falta de voluntad real de apartar las barreras sociales en el empleo (e igualmente en otras esferas de la vida en las cuales se desenvuelven las personas con discapacidad²⁹⁵). Sin ese giro (necesario e inexcusable) seguirán existiendo desventajas para la plena inclusión laboral de las personas con discapacidad, seguirá siendo escasa su tasa de actividad, su presencia en las tasas de empleo, su precariedad, su continuidad en el trabajo. De ahí que para superar la discriminación por razón de discapacidad el ajuste razonable sea una medida estrella en la que el legislador debiera poner más su acento²⁹⁶, suprimiendo barreras que faciliten el desempeño de las funciones laborales. Sin el ajuste razonable el empresario, la administración o la propia ley se enfrenta a la consideración de esa ausencia como una discriminación por discapacidad y por lo tanto puede llegar a considerarse una violación de un Derecho fundamental²⁹⁷, con las consecuencias que en cada caso procedan. De ahí se infiere la declaración de nulidad que resuelven nuestros jueces y Tribunales sociales de algunos despidos donde no se llevaron a cabo los preceptivos ajustes razonables²⁹⁸, pero que también puede proyectarse sobre otras decisiones que afectan a la flexibilidad laboral interna (y no sólo al despido) o al régimen disciplinario (nulidad de la sanción²⁹⁹) o a cualquiera otras medidas adoptadas en el seno de la relación laboral que frustren la permanencia en el trabajo de la persona con discapacidad, nulidad que recoge

²⁹⁵ Por ejemplo, en la educación.

²⁹⁶ Las conexiones entre ajuste razonable y discriminación por discapacidad se vislumbran en el texto de la LGDPD pues no sólo se mencionan en el art. 2 letra m) sino que también se exigen en otros preceptos, como más adelante se estudia. Pero pronto observaremos límites a este desiderátum porque la exigencia de realizar ajustes razonables encuentra un contrapunto limitador y fundado en lo económicamente viable o posible.

²⁹⁷ Así lo dispone la normativa frente a la discriminación por discapacidad en el empleo aspecto, recientemente, señalado y destacada en sus fundamentos jurídicos por nuestro TC en la Sentencia de 15 de marzo de 2021.

²⁹⁸ Se hace hincapié en el despido objetivo y su regulación y sobre la nulidad lo dispuesto en el art. 53.4 ET, pero es igualmente aplicable al despido disciplinario –art. 55.5 ET– y al despido colectivo –art. 51 ET en relación con el art. 124 LRJS–.

²⁹⁹ Por todas, nuevamente la STC de 15 de marzo de 2021.

el art. 17 ET como respuesta también a la discriminación por razón de discapacidad, sea discriminación directa o indirecta, en todo caso incluyendo las discriminaciones desfavorables por razón de discapacidad. A fin de cuentas, esa consecuencia es la respuesta legal ante una lesión al derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación por razón de discapacidad (por violentar un derecho fundamental), ya que el art. 63 LGDPD recoge precisamente que la ausencia del ajuste razonable supone una discriminación por discapacidad³⁰⁰.

En este sentido, sin aspavientos, el TC ha declarado que la adopción de ajustes razonables en el empleo *son esenciales para dar cumplimiento a los mandatos que los arts. 9.2 y 49 CE imponen a los todos poderes públicos* y además desempeña un papel fundamental para combatir esta discriminación por el rasgo de la discapacidad, ajustes integrados en el derecho a la igualdad de trato y no discriminación donde sean necesarios para garantizar el ejercicio de sus derechos en el ámbito laboral en igualdad de condiciones al resto³⁰¹.

En la actual evolución del Derecho no es posible que la falta de realización del ajuste razonable personalizado suponga o implique (finalmente) el no acceso o el abandono de la participación e integración laboral de la persona con discapacidad.

El TEDH ha tenido ocasión de recordar que el art. 14 de la Convención europea incorpora la prohibición de discriminación a los discapacitados, integrando a las personas con discapacidad dentro de los

³⁰⁰ También al definir la Convención de 13 de diciembre 2006 la discriminación integra la negativa al ajuste razonable como tal y a ella se refiere expresamente, así la definición de contemplada en el art. 2 fijará qué se entiende por discriminación por motivos de discapacidad, y explicita que será tal *"cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables"*.

³⁰¹ Como se infiere de la lectura del FJ 4º de la STC de 15 de marzo de 2021, que, a su vez se refiere a la Observación general nº 6 (de 2018) CPRD/C/GC/6, sobre la igualdad y la no discriminación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. También el TC recalcará la importancia que para un Administración como lo es la Administración de Justicia cuando actúa como empleadora tiene el mandato de cumplir con estos mandatos de los arts. 9.2 y 49 CE.

grupos considerados como particularmente vulnerables en la cláusula final del precepto³⁰². Expresamente aborda la cuestión de los ajustes razonables con la denominación de *acomodo razonable* y teniendo en cuenta que se han de llevar a cabo los que resulten necesarios para evitar la discriminación por discapacidad, además de precisar que la discriminación por discapacidad comprende todas las formas de discriminación e incluye, al acercarse a la Convención de Naciones Unidas de 2006, la denegación de *acomodos* razonables.

El Pilar europeo de Derechos Sociales adoptado en 2017 también contiene algunas referencias explícitas a las personas con discapacidad, incidiendo en la igualdad de trato y oportunidades, pero además con un epígrafe dedicado a su inclusión, no deja de fomentar su participación laboral y pedir un entorno de trabajo adaptado a las necesidades de los discapacitados³⁰³, lo que también es una manera simple de llamamiento a implantar criterios de *acomodación*, ajustes y a la supresión de todo tipo de barreras en el mundo laboral. De igual modo, la Declaración del centenario de la OIT *para el futuro del trabajo* de 2019 menciona a las personas con discapacidad, respaldando su integración laboral expresada en este caso como acciones para asegurar la igualdad de oportunidades y de trato para las personas con discapacidad en el trabajo³⁰⁴.

³⁰² Por todas, las SSTEDH de 30 de abril de 2009, asunto Glor contra Suiza, 22 de marzo de 2016, asunto Guberina contra Croacia, 23 de febrero de 2016, asunto Çam contra Turquía, 23 de marzo de 2017, asunto A-MV contra Finlandia y 30 de enero de 2018, Enver Sahin contra Turquía. Todas estas resoluciones son citadas, en distintos apartados, por nuestro TC en su Sentencia de 15 de marzo de 2021.

³⁰³ El PEDS fue adoptado en Gotemburgo, durante la cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento, en forma de Declaración solemne conjuntamente por el Parlamento europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, puntos 3 y 17.

³⁰⁴ Véase apartado II punto 8 de la Declaración, adoptada el 21 de junio de 2019, en la 108 reunión de la Conferencia internacional del Trabajo. Junto con las personas con discapacidad se mencionan a otras personas en situación de vulnerabilidad, pág. 3 de la Declaración del centenario.

II. EL AJUSTE RAZONABLE DEL PUESTO DE TRABAJO, MECANISMO DE INCLUSIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El cumplimiento y establecimiento del ajuste razonable desempeña un papel principal en la integración laboral de las personas con discapacidad. Es, sin duda, una garantía para hacer efectiva la igualdad de trato, como ya se ha apuntado (*ut supra*).

La noción de ajuste razonable al igual que el concepto de discapacidad ha ido evolucionando gracias al Derecho comunitario (Directiva 2000/78/CE), mediante su transposición al derecho interno ha sido recibido en España; por vez primera la regulación se introdujo en el año 2003 gracias a un nuevo art. 37 bis en la LISMI, al trasponer la Ley 62/2003 aquella Directiva comunitaria al ordenamiento nacional. El art. 5 de la mencionada Directiva incorpora con especial ahínco este instrumento garantista del ajuste razonable para las personas con discapacidad³⁰⁵. Se trata de una obligación que incumbe al empresario en el marco de la relación laboral³⁰⁶, solo cuando se implanta correctamente permite a la persona discapacitada acceder al empleo, desenvolverse en él plenamente, formarse, cualificarse, promocionarse y permanecer sin ser apartado del mundo laboral. Resulta compleja y singularmente difícil su comprensión si no se analiza la jurisprudencia más reciente del TJUE, la obligación de ajuste razonable, las responsabilidades que generará su incumplimiento y los límites de exigibilidad siempre que no suponga una carga excesiva (límites queridos por la legislación). El lector puede anticipar la conclusión: la realidad sigue siendo tozuda, porque refleja una insuficiencia de medidas necesarias

³⁰⁵ También en 2006 la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad recoge las características del ajuste, superando los entornos laborales, para todas las esferas de la vida, y en el art. 2 al recoger diversas definiciones ilustra que como ajustes razonables han de concebirse 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"*.

³⁰⁶ El art. 5 de la Directiva 2000/78/CE obliga a los empresarios a tomar las medidas adecuadas en función de las necesidades de cada situación concreta que permitan a los discapacitados el acceso y la participación en el empleo.

para cumplir con la integración de las personas con discapacidad en términos de igualdad real (o de oportunidades) en el mundo laboral.

La interpretación judicial, primero del TJUE y después de los Tribunales nacionales, del ajuste razonable de suyo exige la eliminación de los obstáculos o las barreras que dificultan la integración y participación de las personas con discapacidad en el trabajo (haciendo posible la igualdad de trato con los restantes trabajadores). La medida del ajuste razonable es exigible al empresario (o a la Administración pública cuando actúa como empleadora³⁰⁷), quien deberá adoptar las necesarias y adecuadas medidas (ajustar el puesto de trabajo mediante la eliminación de barreras, la dotación de equipos, con determinadas pautas de trabajo, medidas formativas u otras³⁰⁸) para acondicionar el lugar de trabajo a la persona.

El ajuste razonable partiendo de la definición legal exige de inmediato la transformación de lo preexistente, mediante adaptación o mediante modificación más profunda, que se ajusten a las necesidades específicas de cada persona con discapacidad, por lo tanto, los ajustes han de ser siempre individualizados, si bien la exigibilidad del cambio es hasta lo proporcional o debido puesto que no deben suponer una carga indebida o desproporcionada³⁰⁹. El ajuste supone la implantación de la medida personalizada, medida que debe ser eficaz y

³⁰⁷ Así lo indicaba la STJUE de 9 de marzo de 2017 Petya Milkova, asunto C-406/15, que expresamente expresará que las medidas de la Directiva 2000/78/CE referidas a los trabajadores con discapacidad no sólo se cumplen al proteger a los trabajadores por cuenta ajena sino que exige extender su aplicación también a los funcionarios que (en el caso que analiza una protección especial ex ante frente al despido) tengan la misma discapacidad y más recientemente ha vuelto a indicarlo en España, también para las personas con discapacidad, la STC 15 de marzo de 2021.

³⁰⁸ Se vienen diferenciando dos grandes bloques de medidas: (1º) referido a la eliminación de barreras físicas y (2º) lo relacionado con la adaptación gracias a la (re)organización del trabajo, medidas que pueden ser variadas y alcanzan desde acciones formativas, reasignación de funciones su perimetración, cuestiones vinculadas al encuadre profesional y las pautas de trabajo.

³⁰⁹ La lectura conjunta de las definiciones de ajuste razonable en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Directiva 2000/78/CE y, finalmente, la normativa nacional nos sitúa ante tres textos normativos que abundan en estas características, coincidiendo en la finalidad de las adaptaciones, acomodaciones o ajustes.

práctica, que supone una necesidad para su integración laboral, para el desarrollo del puesto (en ocasiones será adaptaciones meramente físicas, otras sociales e incluso actitudinales).

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 aborda -sin ningún tipo de escrúpulos- la falta de ajuste razonable como una conducta discriminatoria y exige una respuesta contundente y decisiva desde el derecho antidiscriminatorio ante sus posibles incumplimientos.

1. Aproximación a la preferencia normativa del ajuste razonable

La finalidad que persigue la herramienta del ajuste razonable en el mundo laboral es la integración en el empleo ordinario de personas con discapacidad (pero legalmente hoy convendría indicar que también resulta exigible en el empleo protegido), estas adaptaciones constituyen un elemento basilar, sino el principal, para la consecución de la igualdad real. Así lo define el precitado art. 5 de la Directiva 2000/78/CE fundamentando el ajuste razonable como una respuesta para lograr el cumplimiento de la igualdad de trato de las personas con discapacidad. Es, en consecuencia, un instrumento en la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad en el empleo.

El ajuste razonable permite convertir en realidad el modelo social y el propio concepto social de discapacidad superando el modelo médico³¹⁰. Tras una reposada lectura en clave evolutiva de las interpretaciones judiciales del concepto se (re)descubre asimismo que la obligación legal de ajustes razonables también altera(rá) la concepción de partida proporcionada al concepto de discapacidad.

Como es sobradamente conocido la discapacidad interactúa con barreras y con el entorno, para alcanzar la integración de la persona

³¹⁰ Aunque ello no puede significar que en la discapacidad ya no se sigue la perspectiva médica, como indica o al menos dejar entrever, con acierto, ESTEBAN LEGARRETA R. (2017), "El concepto de persona con discapacidad en la Directiva...", cit., págs. 4 y ss., para quien la noción de persona con discapacidad sólo puede entenderse desde la definición de discapacidad y en ella, leemos nosotros, pervive el modelo médico.

con discapacidad resulta un primer paso imprescindible suprimir los obstáculos que aparecen (los visibles y los evidentes, pero también los más ocultos) para conseguir una plena participación en el trabajo de los discapacitados, ello sólo es posible gracias a los ajustes razonables. Los ajustes más tradicionales o clásicos, los esperados, se identifican porque permiten acondicionar el puesto para el desarrollo de la tarea asignada a la persona, con medidas tales como: ajustes técnicos de mobiliario u otros en directa relación con el entorno (instalaciones) y los medios para ejecutar el trabajo –apoyos informáticos, otros apoyos técnicos, equipamiento, etc.–, ajustes vinculados a pautas de trabajo, por ejemplo al tiempo de trabajo, adaptaciones necesarias también de carácter organizativo e incluso atendiendo a las funciones del puesto de trabajo que se asignan a la persona con discapacidad y, si fuera necesario, realizar movilidades funcionales, o de centro de trabajo o territoriales –no siempre movilidades geográficas–, incluida la posibilidad de ofrecer un distinto puesto de trabajo en caso de discapacidad sobrevenida³¹¹. También es importante la necesaria formación (de la persona con discapacidad junto con la formación de los otros compañeros de trabajo), formación imprescindible que en muchas ocasiones se olvida y posterga en la empresa descuidando a la persona con discapacidad, resultando ajena a ella, al estar diseñada una formación laboral para otros trabajadores, no discapacitados.

Como se ha apuntado con anterioridad el acercamiento a la noción de ajuste razonable interactúa con la definición legal que en cada momento se reconozca de discapacidad, y de su extensión o amplitud o, por el contrario, se limitará cuando la comprensión jurídica de la discapacidad responda a un acotamiento restrictivo. Ello supone indicar que también la noción de ajuste razonable debe ser dinámica, necesariamente evolucionará al tiempo que el propio término de discapacidad ensancha sus espacios de penetración (por ejemplo, en

³¹¹ Supuesto que acontece cuando la discapacidad es sobrevenida y siempre posterior a la integración laboral de la persona. Aspectos abordados por la LGSS en su art. 176.2 para el supuesto de la enfermedad profesional, contemplados por el art. 36.4 ET para los trabajadores nocturnos cuando se presenten problemas de salud y en ocasiones regulados como notables mejoras al régimen legal por las cláusulas que incorpora la negociación colectiva regulando la movilidad funcional pactada en los cuales se mencionan en ciertas ocasiones a las personas con discapacidad.

sus lindes con la enfermedad o en relación directa con la obesidad u otros factores, lo que nos apuntan los juzgados y Tribunales en sus resoluciones).

Por el momento el ajuste razonable es más un deber (impuesto principalmente al empresario, que es el sujeto obligado a su realización) que un derecho de la persona con discapacidad. Por suerte, la evolución jurisprudencial de los últimos años nos advierte que es un deber exigible y prioritario, de manera que el cumplimiento efectivo del ajuste razonable ha de llevarse a efecto antes de una decisión extintiva por ineptitud sobrevenida de trabajador discapacitado, no realizar la medida supondrá una discriminación por razón de discapacidad, el incumplimiento de la acomodación es una discriminación³¹². Y también se abre una punta de lanza en favor del cumplimiento y realización efectiva de medidas que atiendan al trabajador discapacitado antes de tomar la empresa decisiones extintivas que expulsen del mundo laboral a la persona con discapacidad³¹³. En todo caso, la más importante aportación de este cambio se centra en fijar con claridad

³¹² Así la STS de 22 de febrero de 2018 (Rec. 160/2016), al resolver un despido objetivo por ineptitud no justificado de una trabajadora que padecía una enfermedad psíquica (fruto de un atraco en la oficina bancaria en la que trabajaba), que valora las decisiones empresariales llevadas a efecto que suponen precisamente ajustes (nunca más la trabajadora volvió a estar en caja) y las toma en consideración, valorando la readaptación del puesto a la trabajadora, a la hora de calificar el despido como improcedente y no su nulidad (valorando que ante la situación de discapacidad sí se adoptaron medidas de ajuste razonable y por lo tanto no hay discriminación en tanto en cuanto se cumplieron las exigencias de las medidas de ajuste). Precisamente en atención al cumplimiento de ajustes razonables por la empresa. Pero también hay que tener presente que esta sentencia aborda el concepto ampliado de discapacidad o lo que se ha denominado el concepto expansivo de discapacidad, es decir cuando su origen es una enfermedad que se prolonga en el tiempo (la enfermedad que se equipara a discapacidad), abordando este subgénero de discapacidad sobrevenida. Este parecer se ha reiterado en la STS de 20 de mayo de 2019 (Rec. 156/2019), en este caso calificando el despido como nulo ante la falta de ofrecimiento de medidas (de ajustes) por parte de la empresa, procediendo directamente a la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida del art. 52 a) ET aludiendo la empresa que ha devenido incapaz para realizar su trabajo ordinario y que las limitaciones (bronconeumopatía irritante) le impiden con normalidad desarrollar sus funciones.

³¹³ Se describe esta forma de actuar como que el despido objetivo por ineptitud deber ser subsidiario de la adaptación del puesto de trabajo de la persona con discapacidad, caracterizándola como tutela antidiscriminatoria, con muy acertado

la obligación de la empresa de llevar a cabo ajustes razonables (en cada situación los pertinentes que pueden ser medidas de gran amplitud que incluyen tanto lo organizativo, como la transformación o adaptación física u otras como actuaciones formativas) que adapten las condiciones del trabajo a las necesidades de la persona en cuestión.

La STC de 15 de marzo de 2021 refuerza la importancia del ajuste razonables sin apartarse de la idea de prohibición de discriminación y reconocimiento pleno de los derechos del discapacitado, de manera que estos las medidas sirven para evitar el resultado discriminatorio, evitando barreras restrictivas o empleando ajustes razonables.

Convertir las adaptaciones de los puestos de trabajo en esenciales acciones de integración laboral resulta absolutamente necesario para la real integración laboral de personas con discapacidad, por eso es preciso demandar el paso firme de la regulación en los textos legales de esta obligación (aún insuficientemente perfilada desde las normas) a su implantación en la realidad, para ello resulta necesaria la colaboración de todos los actores implicados (en el seno de la empresa, los responsables de toma de decisiones, la representación de los trabajadores), el control del cumplimiento por la inspección antes de proceder a una expulsión o (*rectius*) separación del mundo laboral mediante el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social, así como la necesidad de redactar y dedicar cláusulas específicas en los convenios colectivos. Se observa en las negociaciones colectivas que, con carácter general, los convenios colectivos son menos sensibles a la posible discriminación por discapacidad que frente a otras causas de discriminación que sí se hallan más presentes en sus articulados o regulaciones convencionales, cuando por ejemplo el cambio de funciones o la reducción de funciones exigibles por razón de discapacidad podría estar presente en la mayoría de los convenios colectivos para mantener el puesto de trabajo de la persona discapacitada.

La noción de ajuste razonable nace originariamente en el Derecho antidiscriminatorio de EEUU, en relación con sus muy prolijas normas de igualdad de oportunidades en el empleo, con una vasta regulación que atiende al rasgo de la discapacidad (hoy contemplada en

parecer GUTIÉRREZ COLOMINAS D. (2019), "La adaptación de la extinción por la ineptitud...", cit., pág. 4 de la versión digital.

su *American Disability Act*³¹⁴), regulación que, a día de hoy, continúa siendo un auténtico referente que debemos seguir para profundizar en los relevantes rincones (y escondrijos) ofrecidos por esta herramienta en la lucha contra la discriminación de la persona con discapacidad, para así responder con la debida singularidad a un conglomerado no homogéneo de las realidades de la discapacidad (conjugadas así en plural y no en singular). Se contemplan una miríada de medidas, desde aspectos arquitectónicos o constructivos pero también medidas de reestructuración del trabajo, implantación de trabajos a media jornada, modificaciones de jornadas y otros mecanismos que permitan la realización flexible del horario (retrasos en las entradas, pausas y ajustes) y adaptación del tiempo de trabajo al entorno y situación de la persona con discapacidad, estudiar los ritmos de trabajo necesarios en cada caso, movilidades funcionales con reasignaciones de puestos, la compra de equipos o dispositivos, las adaptaciones de exámenes, la formación u otras herramientas necesarias en atención a la discapacidad de la persona u otras medidas que puedan ser análogas³¹⁵.

La noción de ajuste razonable se integra años más tarde en el derecho social de Europa. Su puerta de entrada fue el refuerzo de la igualdad de trato en el empleo, el momento en que esto sucede fue precisamente al aprobarse la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en su art. 5, ya citado en estas páginas. Luego se incorporó al derecho nacional español, en un primer momento mediante la Ley 62/2003 que traspuso al ordenamiento interno aquella Directiva, hoy –como es sabido– se recoge en el RD-Legislativo 1/2013, LGDPD, en su art. 2 m) se define como tal aquellas *modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y*

³¹⁴ Las secciones 12111 a 12117 se refieren a los ajustes razonables.

³¹⁵ Así lo enumera y recoge con detalle FERNÁNDEZ ORRICO F.J. (2017), “Cuota de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario”, Rev. Española de Derecho del Trabajo, n° 195, pág. 21 de la versión electrónica.

para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.

Es importante conocer, como nuestro TS señaló en su momento con respecto a las incapacidades laborales³¹⁶, la necesidad de mirar al individuo, esta apreciación bien puede hacerse extensiva para ser aplicada a las personas con discapacidad, parafraseando aquella repetida idea para ahora emplearla aquí a la persona con discapacidad porque, ciertamente, *no hay tanto discapacidades sino discapacitados*, ello implica que hay que acometer el estudio individualizado de cada persona y atender a la particularidad de su discapacidad, más aún cuando corresponde hacerlo teniendo en cuenta las barreras (de múltiples señas: físicas, de comunicación, legales) y el entorno, pero también fijarse en la posición de cada persona y su actitud frente a la discapacidad, en su afán de superación para lograr la integración laboral. Esta idea es basilar, la cual también se extrae de la concepción internacional de discapacidad, cuando la discapacidad ya no se estudia sólo desde el modelo médico sino desde el modelo social o la, así llamada, diversidad funcional³¹⁷. Además la propia discapacidad es un término escurridizo, diverso y múltiple como ponen de manifiesto los estudios sobre discapacidad, no se puede dar un tratamiento homogéneo a la discapacidad es necesario atender a ella según su diferente origen (sensorial, físico, intelectual, de salud mental, etc.) y, cada vez más, atender a sus posibles cruces (pues en determinadas personas aparece más de una discapacidad, aunque una de ellas sea la prevalente y finalmente la que permite que se le reconozca a la persona con discapacidad) o también ante la presencia de discapacidades múltiples.

Sin embargo, la noción de ajuste razonable debe ser revisada en el derecho español a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 [incorporada también en términos de vigilar su efectiva realización, idea presente en

³¹⁶ Como es conocido el TS utiliza la expresión: “*no hay incapacidades sino incapaces*”, por todas STS, sala social, de 23 de diciembre de 2014, doctrina inconcusa del Alto Tribunal.

³¹⁷ Nuestro TS, desde la Sentencia de 3 de mayo de 2016 (Rec. 3348/2014), de la sala de lo social, acoge el modelo social de discapacidad y por lo tanto la definición de discapacidad de la normativa internacional.

el art. 27.1 i) de dicha norma internacional: “*velar por que se realicen ajustes razonables para la persona con discapacidad en el lugar de trabajo*”³¹⁸]. Desde ahora hemos de manifestar que centrándonos en la aplicación de este deber se ha de cuestionar la efectividad de la medida del ajuste razonable en la práctica, a la vista de la tozuda y pertinaz realidad de la escasa realización de ajustes razonables (o más bien sus ausencias) en la empresa (y en las Administraciones públicas), lo que también implica la necesidad ineludible de hacer una propuesta de modificación legislativa para lograr visibilizar el derecho (a) o la acometida del ajuste razonable³¹⁹. Entendemos que la realización de ajuste razonable debe ser preferente (y el primero) antes de adoptar otras decisiones de empresa que afecten al trabajo, desde el acceso e ingreso al empleo hasta la extinción de la relación laboral.

Pero el ajuste razonable tendrá que desarrollarse en el futuro, convirtiéndose en obligación exigible a sujetos distintos del empresario y podrá extenderse en sus fases precontractuales, incluyendo ajustes y acomodaciones que logren la integración laboral en las concretas medidas y acciones de política de empleo —más allá de itinerarios personalizados—, serán necesarias acomodaciones (lo son ya) en la formación³²⁰ y después de la pérdida de un empleo, para propiciar la recolocación (en este caso en etapas post-contractuales). Hoy por hoy, conforme a la legislación (más la interna vigente en España que la internacional o europea³²¹), el ajuste razonable sólo despliega su efi-

³¹⁸ Téngase presente que también el art. 5.3 de la Convención la ONU de 2006 cuando aborda en todos los ámbitos los ajustes razonables exige a los Estados adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar los ajustes razonables.

³¹⁹ Téngase presente que no es admitido como excusa de mal pagador la alegación o invocación de falta de recursos para no acometer el ajuste razonable, como recuerda el párrafo 27 del Comentario General nº 4 (año 2016) del Comité de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad, así lo recoge REY MARTÍNEZ F. (2019), Derecho antidiscriminatorio, Thomson Reuters-Aranzadi, en su capítulo dedicado a la discriminación por discapacidad. Autor que también nos hace observar cómo, a su modo de ver, la igualdad de trato no puede estar condicionada a los recursos disponibles, a diferencia de la igualdad de oportunidades o de las acciones positivas (que para él incide en que son el mismo concepto) que sí pueden condicionarse.

³²⁰ Léase el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE.

³²¹ Parece necesario subrayar que si bien el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE recoge la obligación para adoptar medidas adecuadas a los empresarios, sin embargo,

cacia en el marco de la relación laboral y el sujeto responsable de su realización es el empresario (es como se viene afirmando un deber que concierne al empresario), exclusivamente la obligación de realizarlos recae sobre los empresarios, lo cual en la práctica puede lastrar la integración de las personas con discapacidad al no asumir o coadyuvar otros actores del mundo laboral en la adopción de estas medidas. Creemos que es imprescindible el ajuste razonable o la medida de la adaptación para la persona con discapacidad también antes de incorporarse al puesto de trabajo, por lo tanto, el ajuste razonable no es sólo una cuestión que afecta al desempeño del puesto de trabajo aunque sí lo sea primordialmente (y deberá seguir siéndolo).

Corresponde señalar que la negativa para llevar a cabo un ajuste razonable se enmarca dentro del círculo temático de la discriminación (tanto en la Convención de Naciones Unidas como también en los Derechos de distintos países anglosajones), igualmente esta orientación se ve reflejada en el derecho vigente en Bélgica (donde además se identifica como una discriminación directa) o figura como apoyo a la hora de diseñar el esquema europeo de la igualdad de trato en el empleo cuando se atiende al motivo de la discriminación por discapacidad³²².

Sin embargo, ni en el Derecho de la UE ni tampoco en el Derecho español la negativa de realizar un ajuste es considerada discriminación con lo que ello conlleva en la protección del Derecho Fundamental (aunque sí se relaciona con la prohibición de discriminación en los art. 63 y 66 de la LGDPD³²³, entre otros preceptos) y en particular en el mundo de las relaciones laborales, se orientan más las respuestas de

el art. 2.2 b) ii de esa misma normativa europea hace mención al “*empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente directiva, esté obligado en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas...*”

³²² Puesto que se entiende que para combatir la discriminación por discapacidad desempeña un papel relevante, precisamente, la *adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad*, o que es obligado *realizar ajustes razonables* o establecer medidas adecuadas, entendidas como tales las que sean *medidas eficaces o medidas para prevenir* y compensar las desventajas de las personas con discapacidad (considerandos nº 16, 17, 20 y 26 y también los arts. 2, 5 y 7 de la Directiva 2000/78/CE).

³²³ Preceptos que encuadran el ajuste razonable dentro de la vulneración al derecho a la igualdad de oportunidades y de las medidas contra la discriminación.

acomodación hacia otros campos como lo es la prevención de riesgos laborales, con soporte normativo en el art. 25 LPRL cuando exige al empresario adoptar medidas preventivas y de protección necesarias para los trabajadores sensibles a determinados riesgos con cita expresa de los discapacitados³²⁴. Medidas que, además de ser de prevención de riesgos laborales³²⁵, son igualmente protectoras frente a la discriminación y cubren una doble tutela (amparando también la necesidad de reparar la posible lesión de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad).

Puede afirmarse que dentro de las medidas exigibles al empresario por el art. 40 LGDPC entran, sin duda, las previstas en el art. 25

³²⁴ Y si bien no todo trabajador especialmente sensible es discapacitado si lo será cuando interactúa con barreras diversas que le impiden la participación plena y efectiva en el trabajo, como indica el TJUE –recordando la STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C- 335/11, FOA que precisaba que la discapacidad no sólo alcanza la imposibilidad de ejercer una actividad profesional sino también el concepto llega cuando puede implicar una dificultad para desarrollarla – así lo contiene la STS 4 de noviembre de 2019 (Rec. 313/2017). Aunque también debe afirmarse que el trabajador con discapacidad protegido por el art. 25 LPRL (por su especial sensibilidad) no es el trabajador discapacitado protegido por la Directiva 2000/78. Sobre la interconexión entre discapacidad y el concepto de trabajador especialmente sensible desde el análisis de la STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18, Nobel Plastiques, no siendo conceptos equiparables pero sí conectados, porque ser trabajador especialmente sensible no es sinónimo de persona con discapacidad sino que debe examinarse en el caso concreto si la situación implica una limitación de la capacidad que impida su participación en el trabajo en el sentido de la Directiva 2000/78/CE, en el concepto de personas con discapacidad no puede incluirse *prima facie* a los trabajadores especialmente sensibles, no a todos pero sí a aquellos discapacitados cuyas barreras impiden la plena participación en el trabajo, precisamente la interacción con las barreras convierten a la persona con discapacidad en digna de protección antidiscriminatoria propia de la Directiva 2000/78, véase MORENO SOLANA A. (2020), “La discapacidad y la especial sensibilidad: dos conceptos diferentes llamados a encontrarse tras la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Rev. Trabajo y Derecho, n° 64, La Ley 3463/2020, *passim*.

³²⁵ GOÑI SEIN J.L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO B. (2015), Adaptación y reubicación laboral de los trabajadores con limitaciones psicofísicas, Aranzadi Thomson-Reuters, Pamplona, pág. 275, recuerdan que en el cumplimiento de la LPRL exige al empresario antes de extinguir la relación laboral adoptar las necesarias medidas preventivas y para los trabajadores discapacitados que se acomoden a condiciones compatibles con su situación para que pueda continuar la prestación laboral.

LPRL para los trabajadores sensibles cuando estos sean trabajadores discapacitados, por lo cual no podrán desvincularse las adaptaciones propias de la prevención de riesgos laborales -en términos de riesgos para la salud- del concepto de ajuste razonable. Sin embargo, para la plena integración laboral de los discapacitados encuentra un pero nuestra normativa de prevención pues si se produce el cambio de funciones o peor incluso el cambio de puesto de trabajo en lugar de la debida adaptación del puesto de trabajo (en nuestra opinión) se desvirtúa la finalidad de la acomodación y no se cumple la participación plena y efectiva en la vida profesional de la persona con discapacidad en igualdad de condiciones a los restantes trabajadores.

O, asimismo, cuando se regulan medidas más genéricas de seguridad y salud en el campo de la prevención de riesgos laborales, nos referimos a las medidas de adaptación, aquellas que exigen adaptar el trabajo a la persona, como insiste el art. 15 LPRL al enunciar los principios de la acción preventiva, algunas vinculadas con los ritmos de trabajo con el respeto al descanso³²⁶ pero otras extensibles a la regulación global del tiempo de trabajo (no en vano en la regulación de la jornada, desde sus orígenes, se imbrica dentro de la materia preventiva y de salud de los trabajadores) y también es necesaria dicha adaptación del trabajo al trabajador a cualquiera de las otras condiciones laborales.

Algunas normativas autonómicas en sus leyes especializadas de atención a la discapacidad recalcan en la importancia de cumplir el mandato del art. 40.2 CE en relación a la Seguridad y salud laboral y además, expresan que no puede impedirse el desempeño de un puesto de trabajo a las PCD con base en la alegación de la normativa de prevención de riesgos laborales, si esos riesgos pueden corregirse con los exigibles ajustes razonables³²⁷.

³²⁶ Por ejemplo, la recogida en el art. 36.5 ET y enunciada como principio de adaptación del trabajo a la persona para quienes trabajen a turnos y con ritmos de trabajo, para atenuar la monotonía y repetición del trabajo, en especial para respetar los descansos durante la jornada aspecto al que en la legislación de seguridad y salud laboral se detiene el art. 15.1 d) LPRL.

³²⁷ Así la dicción literal del art. 26.2 de la Ley de Aragón de derechos y garantías de las personas con discapacidad -Ley 5/2019, de 21 de marzo-: *"En ningún caso se impedirá el acceso a un puesto de trabajo a las personas con discapacidad alegando motivos de prevención de riesgos laborales cuando los posibles riesgos*

No obstante, el ajuste razonable penetra desde el entorno del derecho de la no discriminación en el empleo y aún le falta perfeccionarse (en la aplicación práctica) para que su no realización tenga todas y cada una de las consecuencias jurídicas producidas por la discriminación³²⁸, como lesivas de un derecho fundamental.

2. El ajuste razonable desde el derecho comunitario

Cualquier acercamiento fiable a la integración laboral de las personas con discapacidad exige detenerse en el ajuste razonable, recabar en esta exigencia reclama, a su vez, el estudio en profundidad de la normativa internacional y en particular del Derecho social europeo, ya que el derecho español bebe de la concepción comunitaria formulada no sólo en los instrumentos normativos sino también mediante las repuestas ofrecidas por el TJUE, repuestas que nos aproximan a una realidad dinámica de la obligación de realizar los ajustes razonables, entendidas como medidas adecuadas para la plena integración de cada trabajador discapacitado³²⁹.

La atención a la discapacidad en el empleo aparecerá en la ya citada Directiva 2000/78/CE. La lectura reposada de sus considerandos, en los apartados 16, 17, 20, 21 y el art. 2.2.b) que refleja la noción de discriminación indirecta (exige adoptar medidas adecuadas para

existentes puedan corregirse con los ajustes razonables necesarios". Esta regla, es encomiable y pedagógica, pero debería recogerse en la normativa nacional más que en la autonómica, ya que la competencia en legislación laboral que también alcanza a la legislación de la normativa de prevención de riesgos laborales es de exclusiva competencia estatal, en virtud de lo establecido en el art. 149.1.7ª CE.

³²⁸ Consecuencias que sintetiza el art. 182 LRJS al exigir que una vez declarada la lesión de un derecho fundamental, se declare su nulidad radical, ordene su cese y la obligación de cumplir la actividad omitida (en este caso la obligación de realizar el ajuste razonable, que bien podrían articularse mecanismos jurídicos para ejecutarse a costa del obligado, supliendo su inacción si fuera necesario) y se restablezca en el derecho a la persona (el trabajador discapacitado), se le reponga en el disfrute de su derecho y repare.

³²⁹ Son ya abundantes los estudios que recalcan en este aspecto, por todos, GUTIÉRREZ COLOMINAS D. (2019), La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español, Albacete, Bomarzo, en especial las págs. 67 y ss.

eliminar las desventajas) y estos apartados se detienen en el rasgo de la discapacidad. El concepto de ajuste razonable se extrae del (tantas veces mencionado) art. 5 de la Directiva³³⁰. El art. 7.2 de la citada Directiva permite la adopción de medidas de acción positiva y medidas específicas. En todo caso las medidas adoptadas además de adecuadas han de ser eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en atención a la discapacidad de la persona³³¹.

A ese marco jurídico básico previamente delimitado por el Derecho comunitario hay que adicionar, por un lado, la regulación internacional derivada de la Convención de 13 de diciembre de 2006 de Naciones Unidas, en tanto en cuanto es Derecho de la Unión (desde su ratificación por la Unión en el año 2010); por otro lado, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en su art. 21 se contiene la prohibición de discriminación por distintos rasgos (entre ellos la discapacidad) e incluso su art. 26 descende a contemplar el derecho reconocido de la persona con discapacidad a la autonomía, integración y participación³³². Resulta obvio que los ajustes razonables son instrumentos útiles para la consecución de la integración laboral de las personas con discapacidad.

Las exigencias de realizar el ajuste razonable para la persona con discapacidad en el empleo implican de suyo imponer al empleador la obligación jurídica de adopción de medidas apropiadas allí donde sean necesarias. Y, gracias al cumplimiento de esa exigencia, se permite al trabajador discapacitado un amplio haz de manifestaciones, todas ellas hacen posible la integración laboral de la persona con discapacidad anteriormente mencionada y le permiten: 1.- acceder al empleo, 2.- participar en el empleo, 3.- recibir formación en el empleo

³³⁰ Aunque en el precitado apartado 17 también es mencionado cuando en su literalidad se lee: *"La presente Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad"*.

³³¹ Así se recoge en el considerando 20 de la Directiva 2000/78.

³³² El texto completo del precepto es el siguiente: *"La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad"*.

y 4.- la progresión y promoción en el empleo. Todas ellas aparecen concretadas en el art. 5 de la Directiva 2000/78, que refleja que el ajuste razonable es una garantía de la igualdad de trato de las personas con discapacidad³³³.

La lectura que debemos hacer de la obligación empresarial de ajustes razonables en el actual estadio de las normas que protegen la integración laboral de la persona con discapacidad y los correlativos derechos de los trabajadores discapacitados a los que sirve esa obligación empresarial debe evitar que se produzcan sus opuestos (incongruencias de las que la terca realidad nos ilustra con frecuencia, y se repiten una y otra vez), esto es: el ajuste es imprescindible para impedir la falta de acceso al empleo (sin ese ajuste razonable), o admitir -permitir o tolerar- la extinción de la relación laboral por falta de realización de los debidos ajustes razonables, la ausencia de formación, carencias o deficiencias de las personas con discapacidad o la imposibilidad de promoción profesional (todos ellos por -o ante la- ausencia de la realización de los ajustes que son necesarios). Aunque tampoco se puede obviar que el ajuste razonable encuentra un límite (configurado en el propio diseño legal) pues éste no ha de suponer una carga excesiva o desproporcionada para el empleador, límite -o excepción para algunos- recogido en el Derecho europeo y también contemplado por el Derecho nacional.

La formulación hoy del concepto de discapacidad en el ordenamiento jurídico está evolucionando (idea no nueva pero que sí se aprecia con mayor intensidad en la última década y media, al hilo de los últimos pronunciamientos judiciales junto con el surgimiento de una apertura conceptual). La noción de discapacidad se transforma en la medida en que una concepción estricta y ortodoxa refleja que (por insuficiente) no cumple debidamente con respuestas decisivas frente a la cada vez más compleja realidad de la discapacidad (en sus múltiples manifestaciones sensorial, física, intelectual, pero tampoco en cada subgrupo de ellas y menos aún, cuando surgen cruces, que suponen

³³³ Lo que significa que este precepto debe ser integrado en las prácticas y acciones legislativas nacionales en directa relación con el art. 9.2 de nuestra Constitución para que así no sólo en la normativa laboral que emana del Estado sino también en los desarrollos convencionales e, igualmente, en las decisiones de la empresa se remuevan todos los obstáculos impeditivos de la citada igualdad.

la intersectorialidad de la discapacidad con otros rasgos de discriminación –por ejemplo discapacidad y sexo, discapacidad y edad, discapacidad y raza o etnia, etc., y ya más difíciles de encontrar en la casuística el cruce de la discapacidad y las creencias-).

Acercándonos a un breve resumen de las transformaciones en este campo, a la luz de la doctrina del TJUE, sin pretender agotar todas las respuestas pronto se observaba que la discapacidad es un concepto de frontera con otros –que en ocasiones se distinguen perfectamente y en otras, sin embargo, se entremezclan hasta el punto de confundirse-, así en un primer momento se marca un deslinde entre discapacidad y enfermedad, pronunciándose con rotundidad el TJUE que discapacidad no es enfermedad (así lo hizo en su STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, caso C-13/2005), teniendo presente que para considerar la presencia de discapacidad se exige que se proyecte de manera permanente o durante un largo periodo de tiempo. Esta apreciación es importante porque habrá enfermedades o padecimientos de enfermos que ciertamente puedan cumplir este requisito como más adelante lo explicará el propio Tribunal al plantearse con posterioridad esta cuestión, por ejemplo, en el caso Daouidi, asunto C- 395/15, en su pronunciamiento de 1 de diciembre de 2016 y nuevamente en el caso Ruíz Conejero, asunto C-270/16, STJUE de 18 de enero de 2018³³⁴.

Ciertamente la conclusión que se puede extraer de esta evolución de la jurisprudencia europea será que alguna enfermedad –y siempre atendiendo al caso concreto- puede ser encuadrable en el concepto de discapacidad. Siendo una tarea interpretativa indudablemente compleja deslindar los dos conceptos, y precisar si en la concreta enfermedad (mejor en el padecimiento del enfermo) encaja la noción de discapacidad.

También respecto a la discapacidad se ha pronunciado en la STJUE de 9 de marzo de 2017, asunto C-406/15, Milkova, recopilando las resoluciones previas, en ella que nos indica su doctrina respecto al respeto del principio de igualdad de trato, para el TJUE éste sólo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutaban las personas de la

³³⁴ Todos estos asuntos afectan a España.

categoría privilegiada³³⁵. Al tiempo que pone de manifiesto que es posible regular para los trabajadores discapacitados una protección especial *ex ante* frente al despido y no regular la misma protección a los funcionarios con las mismas discapacidades, salvo que se constate que se produce (por el juez nacional) una vulneración del principio de igualdad de trato. En ese análisis deberá tenerse en cuenta el objetivo de la protección frente al despido de los discapacitados de la legislación nacional.

En otros pronunciamientos del TJUE para favorecer la protección de las personas con discapacidad, trasciende que no sólo pueda ser la persona trabajadora en quien debe concurrir la discapacidad, ya que el empleado que dedica su tiempo al cuidado de personas con discapacidad puede resultar (y resulta) relegado laboralmente³³⁶, por lo que el TJUE concluye que los sujetos cubiertos por las normas protectoras en el empleo no sólo son los discapacitados sino que aparece un nuevo elemento en el tratamiento de la discapacidad, la discapacidad por asociación para evitar cualquier forma de discriminación por discapacidad (STJUE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06). En el caso resuelto por el TJUE se trataba de una madre inglesa de un niño con discapacidad que ve afectada su estabilidad laboral hasta el punto de, primero, degradarse sus tareas y luego verse compelida al despido por razón de la discapacidad (en la fórmula extintiva denominada por el derecho anglosajón *redundancy*). Esta protección a la discapacidad por asociación con su actual desarrollo (y aún con sus deficiencias aplicativas) permite la efectividad de la Directiva y protege a la per-

³³⁵ También se nos recuerda que este principio general de igualdad de trato hoy se encuentra en los arts. 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

³³⁶ Téngase presente la importancia del cuidador y del emergente derecho al cuidado, en construcción en nuestros días. La Directiva 2019/1158, de 20 de junio, *relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo* (pendiente aún de trasponerse al derecho interno) nos aporta una definición de cuidador en su art. 3.1 letra d). Entendiendo por tal a aquel *trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro*, el art. 5.8 al referirse al permiso parental recalca en los padres de hijos con discapacidad o con una enfermedad de larga duración.

sona con discapacidad. No tolera tratos desfavorables de empresarios a empleados en base a la discapacidad de sus hijos (discapacitados a su cargo).

Este singular y depurado concepto de la discriminación por asociación (también denominada discriminación refleja) tendrá acogida en el derecho nacional, hoy está presente en la LGDPD, cuyo art. 2 en su letra e) ofrece la noción de discriminación por asociación “*existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad*”, resulta significativo que se trate como una especie de discriminación por discapacidad, que así recoge expresamente el art. 63 LGDPD al referirse a la vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades³³⁷.

En un posterior pronunciamiento el TJUE de 18 de marzo de 2014, en el caso Z (C-363/12) se acotan los márgenes de la protección, el Tribunal indicará que debe ser observada la discapacidad como una limitación en relación a la participación completa y eficaz en la vida profesional en igualdad de condiciones con otros trabajadores. Descartando así el Tribunal que motivos ajenos al trabajo pueden alcanzar la protección prevista por el Derecho de la Unión que prohíbe la discriminación por discapacidad en el empleo³³⁸, en atención al ámbito material de la Directiva 2000/78/CE reguladora de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

³³⁷ Precepto que, como se ha indicado, también considera vulneración de la igualdad de oportunidades *el incumplimiento de las exigencias de medidas de accesibilidad y de realizar ajustes razonables*. Un reciente estudio sobre la transformación desde su nacimiento a raíz de la Sentencia Coleman, su extensión a otras realidades (con un resultado expansivo del sujeto protegido e incluso más allá de la discriminación, lo cual se critica por el riesgo constatado de llegar a banalizar determinados derechos fundamentales) y aplicación en práctica judicial del concepto en BALLESTER ESCRIG J. (2020), “Evolución jurisprudencial de la discriminación por asociación: contenido, límites y confrontación con la discriminación por razón de parentesco”, Rev. Trabajo y Derecho n° 69, La ley 10223/2020. Nuestro TC en su reciente Sentencia de 15 de marzo ha vinculado las exigencias de este art. 63 con el reconocimiento del derecho al trabajo, las garantías de este derecho de los discapacitados del art. 35 LGDPD, en su FJ 4°.

³³⁸ El caso abordaba una maternidad subrogada a la que el TJUE rechaza otorgarle la protección de las Directivas del empleo.

El rico caudal procedente de la doctrina jurisprudencial del TJUE permite examinar asuntos concretos que abordan la evolución del concepto de discapacidad en directa conexión con la obligación empresarial de realizar los ajustes razonables. En este apartado son reseñables los siguientes asuntos recogidos con brevedad (sin agotar el conjunto total de los pronunciamientos habidos hasta la fecha).

En la STJUE de 11 de abril de 2013 se abordaron los asuntos acumulados Danmark/Ring C-335/11, Werge C-337/11, la más reseñable particularidad que conviene subrayar de la resolución judicial es que ya se toma como criterio interpretativo por el Tribunal la Convención de Naciones Unidas de 2006³³⁹, por lo cual supone un interesante punto de inflexión en la interpretación europea, se aborda el caso desde un enfoque integral de los derechos de la persona con discapacidad. En ella se concluye que el ajuste razonable exigible al empresario alcanza a la exigencia de reducción o limitación de las horas de trabajo (en atención a la discapacidad), además de reflejar que el disfrute de permisos o ausencias por motivo de la enfermedad relacionada con la discapacidad no puede ser causa de extinción del contrato (salvo que exista una finalidad o propósito legítimo y necesario), indicando además que es exigible adoptar las medidas apropiadas de acuerdo con la obligación de proveer un ajuste razonable. Nuevamente en la STJUE de 18 de enero de 2018, caso Ruíz Conejero, C- 270/16, con gran claridad el Tribunal europeo rechaza y no aceptará las regulaciones que en las legislaciones nacionales permiten al empresario proceder al despido del trabajador atendiendo a las faltas de asistencia al trabajo -incluso siendo justificadas e intermitentes, en clara referencia al hoy derogado art. 52 d) del Estatuto de los Trabajadores español, derogación legal que, por cierto, se refugia en esta resolución europea

³³⁹ Así lo recoge la mayoría de la doctrina al apuntar que también esta resolución judicial acoge el paso del modelo médico al modelo social, y lo apoyan en la asimilación de la enfermedad a la discapacidad si se trata de una limitación de larga duración y la interacción de las dolencias con diversas barreras que impida la plena participación y efectiva de la persona en la vida profesional, véase 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. Derecho de las Relaciones Laborales* nº 3, pág. 297 y ss.

para justificar su supresión del derecho entonces vigente³⁴⁰- cuando las ausencias son consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, con la única salvedad que la normativa con la finalidad legítima de combatir el absentismo no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad.

Profundizando en esa doctrina judicial aparece con posterioridad la STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto Nobel Plastiques Ibérica C-397/18, referida a los criterios utilizados en la selección de una trabajadora con sucesivas bajas por contingencias profesionales por incapacidad temporal (teniendo en cuenta el índice de absentismo) en un despido por causas económicas, trabajadora que además en virtud del art. 25 LPRL tenía el reconocimiento de trabajadores sensibles a determinados riesgos, la resolución judicial no aprecia discriminación directa en los criterios utilizados por la empresa pero sí la posible presencia de discriminación indirecta por discapacidad en tanto supongan una desventaja para el trabajador que es persona con discapacidad³⁴¹, por lo cual, en este caso exige el examen de si se realizaron

³⁴⁰ En la derogación [mediante RD-Ley 4/2020, de 18 de febrero, convertido meses después en Ley 1/2020, de 15 de julio, por la cual se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el art. 52.d) ET] se recogía, precisamente, la argumentación de que aquel despido por absentismo basado en las insistencias puede ser constitutivo de discriminación indirecta por razón de discapacidad. Y también teniendo en cuenta que quienes padecen enfermedades de larga duración *pueden ser susceptibles de un mayor volumen de bajas intermitentes de corta duración como consecuencia de la patología de base*. Sin lugar a dudas el despido por absentismo vigente en nuestro ordenamiento jurídico por un periodo superior en un año al treinta por ciento de las jornadas, desde su incorporación en el art. 39 d) del RDL 17/1977 sobre relaciones de trabajo, ha sido probablemente *culpado injustamente* por el legislador de 2020 de lesivo para la discapacidad, sin estar estadísticamente constatado que fuera instrumento más recurrente para la discriminación a personas con discapacidad por esta causa frente a las otras causas de despidos objetivos o en el mal uso del despido disciplinario que afectan a personas con discapacidad (por ejemplo el caso Daoudi que examinó el TJUE en su Sentencia de 1 de diciembre de 2016 aborda un despido disciplinario). Por otro lado, conviene recordar que la STC 118/2019, de 16 de octubre, refrendó la constitucionalidad del precepto en cuestión, el art. 52 d) ET, en su redacción entonces vigente que provenía de la reforma laboral de la Ley 3/2012.

³⁴¹ Discriminación indirecta que finalmente aprecia el juzgador nacional en la SJS de Barcelona de 4 de noviembre de 2019 –el que formuló la cuestión prejudicial de Nobel Plastiques-, donde el empresario no pudo probar que con su actuación

ajustes razonables por la empresa para evitar la discriminación y eliminar las desventajas de los criterios de selección del despido, labor que corresponde efectuar al juez nacional que interpuso la cuestión prejudicial ante el TJUE³⁴², a fin de cuentas se examinará tanto si se realizó el preceptivo ajuste y, después, se valorará la aptitud o no de la persona con discapacidad para el desempeño del puesto de trabajo. En este caso se reconoce a la trabajadora la condición de especialmente sensible al amparo de art. 25 LPRL, sin embargo y pese a reclamarlo, no se produjo la adecuación de su puesto de trabajo a sus dolencias³⁴³, no hubo ajuste, se le encomendaron tareas de otros puestos pero igualmente incompatibles con su estado de salud y con riesgos ergonómicos que afectaban a su diagnóstico y dolencias, finalmente se le despidió por despido objetivo económico. La realidad judicial nos muestra que son algo frecuentes la toma de decisiones empresariales de despido antes de proceder a las preceptivas adaptaciones del puesto de trabajo acomodadas a la persona con discapacidad³⁴⁴. Lo que debe leerse que si se cumpliesen las exigencias de ajustes razonables podrían evitarse despidos de personas con discapacidad u otras extinciones que se producen por el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social de personas con discapacidad (declaradas en situación de incapacidad laboral permanente en distintos grados –total, absoluta o gran invalidez- y con reconocimiento de prestaciones económicas). El Tribunal interpreta que hubo discriminación por motivos de discapacidad precisamente cuando se demuestra que no se han realizado los ajustes razonables antes de proceder al despido de la PCD, en el caso al fijarse como criterios para el despido elementos tales como umbrales de productividad, absentismo y polivalencia.

no se ha producido la vulneración de la igualdad de trato y se le condena por esa discriminación por el rasgo de la discapacidad considerándose nulo el despido de la trabajadora, además de condenar al abono de indemnización por la lesión discriminatoria.

³⁴² En clara referencia a la noción de discriminación indirecta que contempla el art. 2.1 de la Directiva 2000/78/CE.

³⁴³ Sufría epicondilitis, esto es, codo del tenista.

³⁴⁴ La justificación empresarial suele fundarse en la evitación del coste económico de la medida (ignorando el alto coste social de la expulsión laboral del discapacitado), a veces desconociendo las ayudas para proceder a las adaptaciones.

El asunto Kaltoft C-354/2013, estudiado en la STJUE de 18 de diciembre de 2014, contempla la posibilidad de extensión del concepto de discapacidad, al llegar a pronunciar el Tribunal que puede alcanzar la obesidad cuando la obesidad del trabajador supone una limitación que interactúa con barreras que impiden la efectiva participación de la persona en la vida profesional en igualdad con otros trabajadores si esa limitación es de larga duración³⁴⁵ (movilidad reducida). Además, resulta importante subrayar, como lo hacen los juzgadores, que el concepto de discapacidad no depende de lo que haya o no podido contribuir la persona en su discapacidad.

En la STJUE de 26 de mayo de 2014, asunto Glatzel C-356/12, la resolución se apoyará en el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE³⁴⁶, en este caso se aborda una cuestión relacionada con la Directiva 2006/126 en relación a las exigencias a los conductores de vehículos pesados y se plantea si ¿constituye una discriminación por razón de discapacidad? El Tribunal considera que el análisis de la diferencia de tratamiento por su deficiencia visual goza de justificación a la luz de la seguridad vial, entiende necesario examinar que se trata de una finalidad objetivamente justificada a la luz de las exigencias de la seguridad del tráfico³⁴⁷. Por consiguiente, corresponde indicar la necesidad de aptitud para el trabajo (no se obliga a contratar a quien

³⁴⁵ La dolencia de larga duración es un requisito para identificar la discapacidad que contiene la Convención de Naciones Unidas de 2006 y que asume el TJUE (ya que la Directiva 2000/78 no lo cita), sin que exista una delimitación temporal del concepto para considerar a largo plazo la dolencia, son los juzgadores los encargados de examinar en cada supuesto si la limitación de la capacidad tiene carácter duradero, como nos indica la doctrina es una apreciación de una cuestión fáctica, por todos MARTÍN HERNÁNDEZ M.L. (2020), "La consideración de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos laborales como trabajadores discapacitados: supuestos y consecuencias", Rev. Trabajo y Derecho n° 66, La Ley 5537/2020, pág. 3.

³⁴⁶ Lo que volverá a aparecer en la resolución de asunto C-795/19, con cita expresa en este caso del art. 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea, recordando la importancia reconocer medidas a las PCD capaces de garantizar *su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad*.

³⁴⁷ Idea que se reiterará con posterioridad en la STJUE Cafaro C-396/18, de 7 de noviembre de 2019, admitiendo el Tribunal la justificación de exigencias respecto a la agudeza visual más rígidas para los conductores de vehículos pesados que para los de vehículos ligeros, teniendo en cuenta el gábilo o dimensión máxima

no sea competente, no esté capacitada o disponible, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad). Esta respuesta ya se contenía en el art. 4.2 c) ET, al disponer el precepto *“siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”*.

Pendiente aún de Sentencia del TJUE, el asunto XX contra Tartu Vangla C-795/19, referido a un funcionario de prisiones al que se le *despide*, extinguiendo el vínculo funcional, porque tras un examen de agudeza auditiva –audiometría realizada sin su dispositivo de ayuda– ésta resulta ser inferior al límite mínimo que exigía la norma estonia aplicable. En este caso se deja clara la importancia del ajuste razonable (tan simple como portar un audífono) y no admite por el hecho de padecer una discapacidad auditiva la prohibición de ejercer la actividad de vigilancia de presos. En sus conclusiones el abogado general insiste en la importancia de la proporcionalidad al objetivo de la medida, por la función y el trabajo público como funcionario de prisiones, de seguridad pública y mantenimiento del orden. El empresario está obligado a comprobar y examinar si la persona puede realizar las funciones derivadas de su puesto tras la realización de los ajustes razonables del art. 5 de la Directiva 2000/78/CE, bien sea destinarlo a un servicio concreto³⁴⁸, o bien, autorizarle al uso de un audífono. En este caso se entiende que estamos ante una discriminación directa por razón de discapacidad y la decisión de ruptura y extinción del vínculo funcional amparada en una Ley nacional que prohíbe

de los vehículos, el número de pasajeros transportados y la mayor o menor responsabilidad que implica la conducción.

³⁴⁸ Cuando salga la resolución judicial del TJUE deberemos estar atentos a si efectivamente mantiene esta posibilidad que permite, a fin de cuentas, la movilidad o limitación de funciones de la persona con discapacidad en esa expresión “destinarlo a un servicio concreto”. Como indicamos en estas páginas en nuestras reflexiones esa medida de movilidad no es cumplir con la obligación del ajuste o acomodo razonable sino sustituirla por la más fácil decisión de la movilidad (eludiendo así la verdadera obligación del ajuste que permite la inclusión de la persona con discapacidad pretendida por las normas, adaptando el puesto de trabajo a su discapacidad). La movilidad funcional sólo debe ser subsidiaria del ajuste y entendida como medida extraordinaria, a nuestro parecer.

mantener en su puesto de trabajo a quien tiene una discapacidad auditiva es desproporcionada³⁴⁹.

3. La (in)concreción en el derecho español del trabajo de los ajustes razonables

Corresponde ahora descender a la legislación nacional y analizar, siquiera a grandes trazos, las exigencias contenidas en la regulación.

Quizá en una primera aproximación, lo relacionado con la adaptación del puesto de trabajo se encasilla dentro de la normativa preventiva, para realizar el ajuste de un puesto de trabajo de una persona con discapacidad, es previamente necesario conocer las características individuales y evaluar así el puesto de trabajo, para luego, consiguientemente, realizar las acomodaciones necesarias de aquél³⁵⁰, en relación con el art. 25.1 LPRL³⁵¹. Por ello el acondicionamiento exige atender

³⁴⁹ Véanse en este sentido las conclusiones del abogado general del TJUE Sr. Henrik Saugmandsgaard, de 25 de noviembre de 2020, en el asunto C-795/19.

³⁵⁰ En materia de evaluación de riesgos de los puestos de trabajo ningún puesto puede evaluarse de manera genérica, afecten o no a personas con discapacidad (menores, mujeres embarazadas, etc.), han de ser necesariamente individualizados por mandato deducible de la LPRL.

³⁵¹ Dicho precepto de la LPRL menciona la protección de los trabajadores con discapacidad física, psíquica o sensorial cuando sean especialmente sensibles a riesgos derivados del trabajo, exigiendo no sólo tener en cuenta esos aspectos sino también adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias. En esta última obligación entrarían las exigencias del ajuste razonable. Un análisis sobre esta cuestión en MARTÍN HERNÁNDEZ M.L. (2020), "La consideración de los trabajadores especialmente sensibles...", cit., págs. 11 y ss.; para la autora el art. 25 LPRL debe ser leído como disposición complementaria y de cierre en relación con otros preceptos de la LPRL dedicados a determinados colectivos arts. 26, 27 y 28 LPRL (mujeres, menores, trabajadores en misión de una ETT), queriendo proteger el art. 25 a los trabajadores especialmente sensibles garantizando su eficaz protección a quienes individualmente lo requieran por encontrarse más expuestos a los riesgos que el resto de los trabajadores, más vulnerables a los riesgos, atendiendo a sus características personales, estado biológico o reconocida una situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, con cita del art. 3 LPRL. Si bien es cierto que no todo discapacitado reconocido necesitará de estas específicas medidas y que ciertas personas no reconocidas formalmente como discapacitados (carentes del reconocimiento administrativo) pueden ser objeto de consideración como trabajadores especialmente sensibles y, por lo tanto, de la tutela que brinda el art. 25 LPRL. En todo caso deberá constatar la especial

a necesidades concretas de la persona con discapacidad (tomando en consideración su específica discapacidad individual), también considerando la situación en la que desarrollará las funciones propias del puesto de trabajo (atendiendo al entorno, en el sentido más amplio posible del término). Es una obligación que compete en todos los ordenamientos, también en el español, al empresario, pero es una carga que además en todos los ordenamientos jurídicos presenta su dosis de socialización, ya que se ofrecen ayudas públicas o fondos públicos para facilitar al empresario su implantación³⁵².

El ajuste para la persona con discapacidad debe ser razonable, de ahí que cuando el ajuste no cumpla un criterio de razonabilidad es obvio que decae jurídicamente su exigibilidad, el adjetivo “razonable”, se mide en atención a la necesidad de la medida en cada situación concreta (es decir atendiendo a cada persona con discapacidad), el criterio que integra la razonabilidad desde la lectura de las normativas europeas está vinculado a su finalidad de integración laboral (acceso al empleo, parte en él, promoción profesional y formación). Sólo no

sensibilidad del trabajador en contraste con los riesgos derivados del puesto de trabajo, que es la que requerirá la adopción de medidas preventivas específicas adaptadas a la persona con discapacidad, adaptadas a sus circunstancias personales y necesidades especiales de protección a las que se refiere el art. 25 LPRL. Téngase presente que trabajador especialmente sensible del art. 25 LPRL y trabajador discapacitado de la Directiva 2000/78/CE aun no siendo términos coincidentes sí encontrarán espacios confluyentes, pudiendo en determinados casos asimilar unos a otros si el trabajador declarado especialmente sensible a efectos de la normativa preventiva lo es por una dolencia de carácter duradero en los términos que el TJUE acoge la definición de discapacidad de la Convención de Naciones Unidas de 2006, por estar la persona con una capacidad limitada para el desempeño de las funciones de su puesto de trabajo en relación con los demás trabajadores, limitación que puede llegar a considerarse discapacidad (tratándose de enfermedad, por ejemplo que es el supuesto que aborda la STJUE de 11 de septiembre de 2019) si previsiblemente se prolonga en el tiempo con carácter permanente.

³⁵² También presente en el art. 66.2 LGDPD, que mide la exigibilidad del ajuste razonable en relación con los costes: pues para cerciorarse de si es exigible el ajuste y si es merecedor del calificativo razonable, *se tendrán en cuenta los costes de la medida*, además de valorar los posibles efectos discriminatorios de su falta de adopción y otros aspectos del individuo como son sus características. Así como de la empresa a la que le resulta exigible el ajuste razonable, incidiendo en las posibilidades de apoyos económicos de diversos tipos como la financiación oficial u otras ayudas.

será exigible el ajuste razonable al empresario si es una carga excesiva en los términos que se describen por el art. 5 Directiva 2000/78/CE³⁵³, precepto que matiza que la carga no es excesiva para el empresario, exigiendo la realización de actuaciones que se deben efectuar sean paliadas en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado Miembro sobre discapacidades. De esta manera la intervención legislativa parece esencial para permitir implantar dichas medidas y, al contrario, la actuación liviana del Estado frenará la exigibilidad del ajuste razonable con el argumento de carga excesiva. Las ayudas públicas son otro pivote esencial, sin duda un aliciente para la consecución de la integración laboral de la persona con discapacidad. La carga no sólo debe ser 'soportada' por la empresa si verdaderamente se quiere avanzar (a paso raudo o ligero) en la inclusión laboral de las personas con discapacidad, a nuestro parecer es necesario, siempre, el auxilio público.

Por otro lado, el límite de la razonabilidad puede convertirse en perverso compañero de la inclusión laboral cuando lo considerado en un determinado momento histórico no razonable a la postre supone privar de la presencia y participación en el mundo laboral a los trabajadores discapacitados (negándoles el principio de la igualdad de trato, negando el ajuste necesario y permitiendo esgrimir u oponer ese argumento como impeditivo de la integración laboral).

Las normas internacionales apuntan lo razonable en tanto es necesario y adecuado pero también, en parte, por sus contrarios, por lo cual hemos de cuestionarnos si lo indebido y desproporcionado no es razonable o si, simplemente, es la carga indebida o desproporcionada no vinculándolo con lo razonable, es decir que la medida aun siendo necesaria y adecuada es inexigible cuando, además, es carga indebida o desproporcionada para el sujeto responsable de realizar modificaciones y adaptaciones que es lo que a fin de cuentas recoge la literalidad del art. 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

³⁵³ Y que debe ser leído ligado al considerando 21 de la propia Directiva 2000/78, que enuncia una serie de objetivos criterios para considerar si la carga es desproporcionada (costes financieros u otros, tamaño, recursos financieros y volumen de recursos y disponibilidad de fondos públicos o ayudas).

El ajuste razonable apareció inicialmente contemplado en el art. 38.2 Ley 62/2003, norma que introdujo la redacción del viejo art. 37 bis2 LISMI (hoy derogado). En la actualidad se encuentra recogido en el art. 2 m) y art. 40 RD-Legislativo 1/2013, que aprueba el Texto Refundido LGDPD (y expresamente lo encontramos citado en el art. 59.2 TREBEP para las Administraciones Públicas³⁵⁴). La nueva regulación avanza en las exigencias de realizar ajustes razonables si concurren medidas, ayudas o subvenciones públicas para las personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen, como también se fijará en el tamaño y volumen de negocios total de la organización o empresa³⁵⁵. Llama la atención que en materia de empleo el legislador eluda hablar de ajustes razonables, prefiriendo utilizar, en este art. 40, el circunloquio *adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo*.

Analicemos ahora el armazón jurídico que contiene la legislación general de protección a la persona con discapacidad en términos de exigencias al mundo laboral. Primero es conveniente acercarse a la definición de ajuste razonable (contenida en el art. 2 m LGDPD, prolongable más allá de lo laboral): se refiere a modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida... para facilitar la accesibilidad y participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos. Se trata de una concepción que abarca todos los aspectos y campos de la vida, sirviendo de referencia también para el marco de la relación laboral u otras relaciones de empleo³⁵⁶.

³⁵⁴ Al igual que para el empresario es una obligación de la Administración que actúa como empleadora adoptar las adaptaciones y ajustes razonables de *"tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad"*.

³⁵⁵ Con ciertas resonancias a lo que anteriormente hemos observado recoge el considerando 21 de la Directiva 2000/78.

³⁵⁶ La norma exige estos ajustes también en otras áreas como, por ejemplo, el educativo.

El art. 66 LGDPD apunta los criterios de razonabilidad, es decir que el ordenamiento ofrece criterios objetivos para llevar a cabo un ajuste razonable, habrá que atender al coste de la medida, efectos discriminatorios que para la persona con discapacidad suponga (supondrá) su no adopción, así como a la estructura y a las propias características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica.

En definitiva, el art. 40.2 LGDPD contiene la obligación al empresario para realizar los ajustes razonables (adaptaciones razonables) con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Como puede observarse hay un forzoso (por ineludible) paralelismo en la redacción de la normativa nacional y el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE.

No cumplir con el ajuste razonable por el empleador es una lesión del art. 14 CE que prohíbe la discriminación por razón de discapacidad, ya lo venimos indicando y lo sabíamos, esta exigencia ha sido señalada recientemente el TC en su Sentencia de 15 de marzo de 2021. El Tribunal también indicará que el incumplimiento de la obligación de ajuste razonable r por el empleador *priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación*. Y ofrece este aviso para todos los empresarios: la discriminación se produce, aun siendo medidas fundadas en razones objetivas y aparentemente neutras relacionadas con el desempeño del puesto de trabajo, porque se comete discriminación cuando antes no se han realizado los ajustes, porque sin los ajustes razonables entonces no se garantiza la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas. De manera que si el trabajador requiere y solicita los acomodos por razón de su discapacidad (acreditada la discapacidad), se exige al empresario una respuesta expresa y motivada si los deniega³⁵⁷, pero también son exigibles cuando no se han solicitado formalmente por el trabajador

³⁵⁷ Insiste el TC que en particular cuando se deniegan los ajustes razonables la respuesta debe ser *expresa y motivada* porque si no lo hace se incurrirá por el empresario en una denegación tácita de la justificación que vulnera el derecho a la igualdad de trato, FJ 4º de la STC de 15 de marzo de 2021.

cuando el empresario (o quien debe garantizarlos) tenga conocimiento de la discapacidad del trabajador e incluso cuando “debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad que tal vez obligara a realizar ajustes para que esta pudiera superar los obstáculos al ejercicio de sus derechos”³⁵⁸. Los ajustes razonables que deberá realizar el empresario (o el garante de los derechos) son los que sean necesarios y factibles³⁵⁹.

4. Desenvolvimiento del ajuste razonable y su límite “de carga excesiva”

A la pregunta ¿qué clase de medidas incorporan los ajustes razonables? surge como respuesta una clasificación de actuaciones que se puede catalogar en dos grandes apartados, de accesibilidad y de adaptación. Así se identifica cada grupo de medidas de la siguiente manera:

- 1) De accesibilidad y aspectos físicos y medidas estructurales: adaptar instalaciones, equipamientos.
- 2) De adaptación, medidas organizativas directamente en relación con la gestión del personal y la organización del trabajo: pautas de trabajo, asignación de funciones, provisión de medios de formación, encuadre profesional y otros.

Ya venimos anticipando que el ajuste razonable conlleva una medida, acomodación o adaptación y, en ambos casos, supone una transformación. La regulación española es muy abierta, se prefiere no identificar enumeraciones (o concreciones) más precisas de las medidas de adaptación, con lo que ello conlleva de anchura de posibilidades en relación con la persona con discapacidad pero también de desconcierto, ante la inexistencia si quiera de ejemplos de las adaptaciones necesarias (al menos de algunas de ellas, las más frecuentes, las típicas, las inexcusables en una primera búsqueda de la adaptación del puesto de trabajo a la persona discapacitada), la opción del legislador nacional

³⁵⁸ Ibídem, con cita de la Observación General nº 6 de 2018 sobre la Igualdad y no discriminación del Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de la convención de Naciones Unidas (párr. 24 *in fine*) y de las Conclusiones del Abogado General del TJUE en el asunto Ruiz Conejero, C-270/16, en los considerandos 39 y 41 de aquellas conclusiones.

³⁵⁹ Nuevamente, ibídem, STC de 15 de marzo de 2015, FJ 4º.

ha sido fijarse en la finalidad que cumplirá la medida al permitir el acceso al empleo, el desempeño de su trabajo, la promoción profesional o el acceso a la formación más que en detenerse en identificar estas medidas de ajuste razonable. Medidas que, por otro lado, sí encontramos ejemplificadas en el considerando nº 20 de la Directiva 2000/78/CE con referencias amplias a adaptar *instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre* que opta por un enunciado abierto. Quizá la ley española debería reformarse enunciando, al estilo de la Directiva, algunos concretos ejemplos (de accesibilidad y de adaptación u organización).

Sólo puede afirmarse, dentro del gran paquete de posibilidades de ajuste razonable, que las medidas para hacer efectiva la plena integración de la persona con discapacidad deben transitar por las contempladas por la normativa laboral, las de trabajo y condiciones laborales, las de seguridad y salud laboral, las de empleo o las de Seguridad Social, a las que deben necesariamente adicionarse las pactadas mediante convenio colectivo o las prácticas que con ese perfil de acomodación decida efectuar el empresario para cumplir con la obligación de realizar el ajuste razonable.

Como viene indicándose, el ajuste razonable permite que el entorno laboral en el cual desempeña su tarea la persona con discapacidad se predisponga para lograr la completa o plena integración laboral del discapacitado, su prestación de trabajo se realice en condiciones de igualdad de trato con los restantes trabajadores. La obligación de ajuste razonable del empresario opera en los siguientes supuestos que delimitan su perímetro, el ámbito en el que operará la obligación de realizar ajustes razonables y su exigencia. Se trata de una obligación del empresario (en el marco de la relación laboral), pero para comenzar la acomodación, la iniciativa será requerida por la persona con discapacidad, el trabajador discapacitado es el sujeto que debe solicitarlo (¿podrían hacerlo los representantes legales?, ¿podría exigirse al empresario su anticipación cuando conozca la necesidad de un ajuste? ¿o incluso requerirlo por omisión empresarial ante un requerimiento de sensatez?). Como hemos tenido ocasión de anticipar en estas páginas algunas respuestas a estas preguntas las ofrece la reciente STC de 15 de marzo de 2021, al señalar que la obligación opera tanto cuando se solicite por el trabajador, acreditada la discapacidad, como

en los casos que sin petición formal el empresario tenga conocimiento de la discapacidad del trabajador (era consciente) e incluso cuando debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad que le obligara tal vez a realizar ajustes razonables para que el trabajador pueda superar los obstáculos al ejercicio de sus derechos³⁶⁰, en este caso para el desempeño del trabajo.

La exigencia de ajuste razonable se proyecta sobre todas las empresas que contraten personas con discapacidad porque para esta obligación legal no existe restricción a determinadas empresas en atención a su plantilla (por el número de trabajadores), a diferencia de la obligación legal de la cuota de reserva de puesto de trabajo a personas con discapacidad. El ajuste razonable es, por tanto, una medida exigible a cualquier empresario (en el sentido laboral del término que contiene el art. 1.2 ET y con las extensiones que esa locución implica en las estructuras complejas –grupos de empresas, intermediaciones de empresarios, etc.-), es además una medida que puede implicar la adaptación del puesto de trabajo o, también, la accesibilidad de la empresa.

No obstante ante esta afirmación, el grado de implicación en el ajuste de cada empresa se verá legalmente matizado por la entidad de la empresa y su capacidad económica como más adelante se estudia, pues los criterios anunciados por la Directiva 2000/78/CE para identificar si la carga es (o no es) excesiva exigen atender a la realidad de la empresa y la proporcionalidad de la exigencia (parece que medida en términos de razonabilidad³⁶¹), tales como su tamaño (sí su dimensión, ahora, importa), costes, recursos, volumen de negocios, recursos financieros, ayudas externas³⁶².

La normativa estatal, sin embargo, podría arbitrar mecanismos específicos que permitieran la adaptación del puesto de trabajo que partiesen del propio empresario (y no sólo en forma de incentivos y

³⁶⁰ Nuevamente FJ 4º de la STC de 15 de marzo de 2021. Sentencia que conocemos ya en la última fase de revisión de pruebas de impresión este trabajo.

³⁶¹ En ocasiones formulada como su opuesto, esto es, que la carga no sea desproporcionada, lo cual permitirá en cada caso atender a su coste y su relación de proporcionalidad.

³⁶² Como luego se detalla son aspectos que recoge el considerando nº 21 de la Directiva 2000/78/CE.

bonificaciones), en especial para el fomento del empleo estable, para dar continuidad a los trabajadores discapacitados o para permitir que ante la discapacidad sobrevenida la respuesta no fuera la extinción de la relación laboral. De alguna manera la política de empleo dirigida a las personas con discapacidad debe mejorarse y perfeccionarse. Nuestra Ley de Empleo, respondiendo a una legislación excesivamente programática, cita a los discapacitados y los coloca entre los colectivos prioritarios con especiales dificultades de integración laboral (art. 30 LE) necesitados de programas específicos, tampoco conviene olvidar que el primero de los objetivos de la política de empleo que recoge la citada norma es, precisamente, garantizar la igualdad de oportunidades y la no discriminación que, con apoyo en el mandato constitucional del art. 9.2 CE debe ser efectiva (art. 2 letra a) LE), igualmente se identifica a la persona con discapacidad entre los colectivos con mayores dificultades de inserción laboral junto con jóvenes, mujeres, parados de larga duración o trabajadores de edad madura³⁶³.

También es imprescindible mejorar la inclusión laboral gracias a los ajustes razonables porque determinados ajustes no suponen un grave importe económico sino más bien un replanteamiento de ciertos aspectos organizativos del trabajo (como por ejemplo los referidos al tiempo de trabajo o la importancia de la formación –de las propias personas con discapacidad y de sus compañeros- y de la progresión profesional), algunos de ellos ni siquiera tienen un coste porque no exigen cambios de infraestructuras, instalaciones o medios de la empresa, sino simplemente introducir respuestas a necesidades dimanantes de la diversidad de la persona con discapacidad, otras veces es suficiente una inversión inicial que transforme o rompa barreras permitiendo la accesibilidad, que repercute directamente en la persona con discapacidad pero también en la seguridad de todos los empleados (lugares de trabajo, herramientas y útiles, aplicaciones informáticas y programas, aspectos ergonómicos, mobiliario regulable, amplificadores, pizarras, espejos, etc.³⁶⁴), no todas las medidas son gravosas para la empresa

³⁶³ Así se recoge por ese mismo art. 2 en este caso en la letra d) Ley de Empleo, en la redacción vigente de la norma, aprobada por RD-Legislativo 3/2015, de 23 octubre.

³⁶⁴ En estas cuestiones el ajuste razonable debe entroncar con las medidas de prevención de riesgos laborales, por lo tanto, también son deseables reformas legis-

sino que permiten mejorar el rendimiento o la atención con ayudas o acomodaciones. Una vez realizados los ajustes el desempeño de las tareas ya dejan de tener límites y entonces permiten considerar productivo el trabajo de la persona con discapacidad; esto significa que la exigencia del ajuste es una medida eficaz, probablemente la más eficaz en la lucha contra la discriminación laboral de las personas con discapacidad. El ajuste permite mantener el empleo, consolidar el empleo de la persona con discapacidad, alcanzar la calidad de estos empleos, mejora la productividad de la persona con discapacidad, el rendimiento laboral es superior y más satisfactorio para la empresa, para el trabajador discapacitado y los otros compañeros de trabajo (en particular en el discapacitado intelectual todo acople mejorará su inclusión y aceptación laboral, le dotará de medios que le aporten destrezas y experiencias prácticas positivas en favor de su cualificación y hasta su promoción futura).

Al margen de estas cuestiones el ajuste razonable genera un ambiente de trabajo que cumple las finalidades básicas perseguidas por las normas de inclusión y no discriminación por razón de discapacidad exigibles en el empleo, sin perjudicar a la productividad o a la economía de la empresa. Si se mira desde la óptica de la persona con discapacidad permite la cualificación de estos trabajadores discapacitados y facilita su promoción laboral.

El ámbito objetivo de esta obligación se define legalmente, como hemos visto (tanto por el Derecho comunitario como en el Derecho español, art. 40.2 LGDPD), ampara el acceso al empleo (lo que implica fijarse en todos los estadios previos a la contratación, esto es el proceso de selección y entrevistas, orientación laboral, como recuerda la Ley de Empleo), o ya formalizada la celebración de la relación laboral el desarrollo o desempeño del trabajo, el derecho a progresar profesionalmente y acceder a la formación.

Se ha concebido como un límite para la exigibilidad a la obligación empresarial de la realización de ajustes razonables la carga que supone para el empresario siempre que dicha carga pueda ser calificada de excesiva (corresponde a los juzgadores analizar el último término este extremo).

lativas en la LPRL que miren a la inclusión de las personas con discapacidad.

La norma delimita para todos los ámbitos de la vida de las personas con discapacidad cuándo es exigible el ajuste (art. 66.2 LGDPD), son estos criterios los que se atenderán, recordemos: su coste, los efectos discriminatorios de la no adopción, la atención a la persona con discapacidad y la atención a la entidad que debe realizar el ajuste pero en el ámbito del empleo, el art. 40.2 LGDPD precisa algunos puntos, que deben ser clarificados desde la lectura integral de las otras normativas que regulan la materia y desde la finalidad u objetivo de integración laboral plena, leída en términos de igualdad de trato de la persona con discapacidad.

Seguidamente se efectúa un análisis crítico de cada uno de los cuatro elementos para la determinación de la carga excesiva que se deducen de las normas comunitarias y nacionales. Los elementos identificados en las normas son la valoración de la exigibilidad del ajuste razonable, los costes, los criterios que inclinan la balanza en favor del empleo de la persona con discapacidad y, por último, atender a la concreta empresa (dimensión, recursos, etc.).

1- El primero, valorar la exigibilidad a la empresa circunstancias concurrentes, posibilidades reales, costes, ayudas (plantilla, ingresos, instalaciones). En los términos que ya ha quedado reflejado son referencias que contiene el considerando 21 de la Directiva 2000/78/CE, lo que implicará para el intérprete jurídico atender: al examen en cada concreta situación de la carga exigible al empresario, la razonabilidad del ajuste, la ponderación de la medida y, en su caso, el excesivo peso del criterio económico (coste).

Al operador del derecho le sorprende que no tanto aparezca la defensa del derecho de integración laboral reconocido a la persona con discapacidad como esas cuestiones de calado netamente económico, ciertamente apartándose de lo jurídico (alejándose así de la finalidad aparentemente perseguida por la instauración del ajuste razonable en las normas positivas) al pesar más, en este caso, la obligación del empresario (atendiendo a los costes de la adaptación o accesibilidad necesaria) que el desarrollo laboral de la persona con discapacidad. Igualmente, resulta criticable la ausencia de prioridades legales para exigir determinados ajustes razonables (se trata por tanto de un concepto abierto).

No hay tampoco criterios legales interpretativos *a priori* para determinar o ponderar cuándo la carga es excesiva o cuándo no lo es, al margen del enunciado que en el precitado considerando 21 de la Directiva 2000/78 remite al criterio del razonamiento (siempre con bases economicistas³⁶⁵: costes financieros, tamaño, recursos financieros, volumen de negocios) pero no a la ponderación en relación con el derecho de la persona con discapacidad.

Además, puede resultar que efectivamente la carga sea excesiva, pero, como ya se ha apuntado, está en manos de los legisladores paliar la carga mediante un mayor respaldo económico concediendo ayudas públicas, por ejemplo, con medidas estatales –o en otros ámbitos territoriales– (ayudas o subvenciones suficientes) para la realización del ajuste razonable. También es necesario anotar que, en ciertos casos, la normativa de ayudas públicas pudiera regular para la integración laboral de personas con discapacidad la medida de sufragar sus costes con el auxilio de la ayuda pública.

La actual regulación genera una pregunta ¿hay una excesiva vinculación de la subvención con la determinación de la existencia (o no) de carga excesiva? La integración laboral de la persona con discapacidad es ¿altamente dependiente de las ayudas de Estado y de la (generosa o escasa) dotación de sus cuantías? Nuevamente de la lectura de lo especificado en las normas se deduce que se sigue un criterio economicista. Y ello pese a que, para algunos ajustes razonables, sorprendería identificar cuantitativamente su número, o no suponen un coste económico (el coste es cero euros), o su coste es muy bajo, asumible por toda empresa, que debe cambiar más su concepción y cultura socialmente dominante y romper los muchos estereotipos equivocados que aún persisten frente a la discapacidad en el trabajo.

Al descender al conocimiento del importe de estas ayudas en España, y tras preguntarnos qué tipo de medidas, ayudas y subvenciones se contemplan, hemos de indicar como estas se encuentran recogidas en el art. 12 RD 1451/1983 que regula el empleo selectivo y medi-

³⁶⁵ En su literalidad se establece “Para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que éstas impliquen, 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”.

das de fomento del empleo de personas con discapacidad³⁶⁶, y en la Orden de 13 abril 1994, en el art. 1.2, cuyas cuantías máximas son de 901,52 €, cuantía que perdura inalterada en su cifra desde 1994, sin actualizaciones (pese a los años transcurridos). Son los mismos importes las que hoy recogen las CCAA al conceder las ayudas en cada anualidad³⁶⁷.

Por ello hay también que cuestionar la suficiencia de la ayuda estatal, en términos de impulsar la integración laboral de las personas con discapacidad, lo cual, igualmente, supone poner en tela de juicio si por los poderes públicos se apuesta hoy decididamente por cumplir el mandato y las exigencias del art. 9.2 de la CE para la consecución de la igualdad real de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo. E, incluso, preguntarnos si la ayuda es suficiente para cumplir su objetivo (a la vista de la población que por ser persona con discapacidad o desde el inicio permanece extramuros de la integración laboral –o sólo se integra en fórmulas tangenciales de empleo prote-

³⁶⁶ Cuya dicción literal es la siguiente: *"Las empresas que contraten trabajadores minusválidos mediante un contrato indefinido podrán solicitar subvenciones con cargo al Servicio Público de Empleo Estatal, que serán compatibles en su caso con los beneficios establecidos en los artículos anteriores, destinadas a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de equipos de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales al trabajador minusálido contratado o para eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de los trabajadores minusválidos. La necesidad de adaptación o de medios especiales de protección personal deberá contar con el informe favorable de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.*

Si la empresa no solicitase esta ayuda, podrá hacerlo el propio trabajador."

³⁶⁷ Por ejemplo, la ayuda de la CA de Castilla y León de 2018, 2019 ó 2020. Téngase en cuenta que el art. 9.4 de la Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de Castilla y León contiene una obligación para la administración autonómica con la finalidad de instrumentar apoyos que permitan la ejecución de ajustes razonables y, además, se obliga a establecer un régimen de ayudas públicas precisamente para aliviar la carga o como dice el precepto *"para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación"*. En algunas otras CCAA se contemplan ayudas públicas para financiar los ajustes razonables pero no van tan ligadas al puesto de trabajo (materia que es el objeto de nuestro estudio) sino en referencia a la accesibilidad universal, como ejemplo la Ley 5/2019, de 2019, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón.

gido- o es expulsada del mundo laboral cuando deviene persona con discapacidad, por causa de la incapacidad laboral sobrevenida).

2- El segundo elemento está referido a los costes de adaptación del puesto de trabajo, costes financieros y otros, será otro de los elementos que debe ser estudiado, siendo necesario relacionar el coste de la medida y su eficiencia, porque de otro modo se pondría un precio (bien bajo) a la continuidad sostenida en el curso del tiempo tanto de la falta de participación en la integración laboral de la persona con discapacidad como a la discriminación por razón de discapacidad en el empleo (que paradójicamente resultaría legalmente admitida).

Como se ha expresado, la normativa parte de una perspectiva de amplia base economicista, que invita a preguntarse en voz alta: cómo casa esta idea con el derecho al trabajo y de integración laboral de la persona con discapacidad que contiene el art. 27 de la Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 o con la prohibición de discriminación a los discapacitados que acoge la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea (arts. 21 y 26 de la Carta).

3- El análisis del tercer elemento nos hace atender y exigen también podrían estudiar otros criterios en favor del empleo de las personas con discapacidad, en particular lo atinente a la razonabilidad y proporcionalidad exigibles a la realización del ajuste razonable. De la lectura de los textos normativos vigentes se extrae la (perniciosa) impresión de inequívoco vínculo de lo razonable con lo económico, o de lo razonable con lo proporcional medido en términos financieros de costes y recursos; sin embargo, habrá medidas de adaptación que nada o poco tengan que relacionarse con aspectos económicos de la empresa (ni tampoco suponga grandes costes para la empresa).

Ciertamente, el reclamo a las llamadas medidas de acción positiva de las que se hace eco el art. 7 de la Directiva 2000/78/CE con la finalidad de prevenir o compensar las desventajas de los discapacitados cumple esta función. Que debe concretarse en el fomento de la presencia de persona con discapacidad en el empleo; ello sin dejar de lado su debida protección, en especial la que emana de la protección al discapacitado mediante las normas de seguridad y salud laboral.

Inexcusablemente, en nuestra opinión, la legislación española necesita desarrollar acciones positivas específicas, bien definidas o concretadas para las personas con discapacidad. Es deseable redactar un

elenco de buenas prácticas que ayudase a la(s) empresa(s) a poner en práctica estas acciones positivas que combatan las groseras discriminaciones por razón de discapacidad.

4- Finalmente, con el estudio del cuarto elemento, habrá que atender al tamaño, recursos financieros y volumen de negocios total de la empresa (u organización), tal y como recoge la literalidad del art. 40.2 LGDPD en directa relación con considerando 21 de la Directiva 2000/78. En este caso se debe afirmar, ya lo hemos anunciado (*ut supra*) que el grado de exigibilidad del ajuste razonable se convierte en más incisivo cuanto mayor sea la empresa, con más plantilla y tras el examen de la capacidad económica de la concreta empresa u organización.

Si bien la obligación de adoptar medidas de ajuste razonable es para todas las empresas con independencia de su tamaño y finanzas, a la hora de identificar la proporcionalidad de la carga, directamente relacionada con la razonabilidad del ajuste, es indispensable analizar tanto el coste del ajuste como a la entidad de la empresa (medida su capacidad en términos de plantilla, recursos y fondos).

Se ha puesto de manifiesto que el legislador español, a diferencia de otros legisladores comparados, presta atención a la diversidad del tejido empresarial existente, aunque lo hace a trazos gordos, de manera abstracta, sin concretar y sin aportar criterios para valorar los factores de tamaño y volumen de negocios total de la empresa³⁶⁸ y, por ende, tampoco de la carga excesiva y su existencia. Hasta el punto de llamar a un obligado desarrollo reglamentario que, dedicado a los ajustes razonables, indique con precisión cuantitativa aspectos de tamaño (pues no es un término idéntico a plantilla de trabajadores sino algo diferente y más amplio que, necesariamente, debe atender a la dimensión territorial de la empresa, si tiene uno o numerosos centros de trabajo o si se trata de una empresa de estructura compleja incardinada en un grupo de empresas, en una empresa de grupo –fenómeno laboral patológico- u otros fenómenos de interposición de empresarios o de agrupaciones empresariales, por poner algunos ejemplos) o de volumen de negocios (con la mirada en las cuentas de resultados

³⁶⁸ Con estas reflexiones véase GUTIÉRREZ COLOMINAS D. (2019), La obligación de realizar ajustes razonables ..., cit., págs. 248 y ss.

y otros aspectos contables) que podría condicionar el momento de ejecución de la solicitud del ajuste razonable³⁶⁹, sin olvidar que los convenios colectivos están (también) llamados a jugar un papel relevante en la determinación de estos aspectos³⁷⁰. Se apunta así que estas cuestiones no cerradas por el legislador en caso de discrepancia llamarán a la respuesta del caso mediante resoluciones judiciales que estudien cada realidad.

Así debemos preguntarnos si finalmente resulta más exigible la integración de personas con discapacidad a las empresas de mayor plantilla e ingresos y no a todo el tejido empresarial que ocupe trabajo asalariado, independientemente del tamaño de las plantillas. Si la igualdad de trato de la persona con discapacidad, concepto que directamente se relaciona con la prohibición de discriminación, es o puede ser diferenciada en atención a esos criterios (otra medida integradora, bien distinta al ajuste razonable, como lo es la cuota de reserva se delimita en atención al número de la plantilla), pero la exigencia legal del ajuste razonable no encuentra ese impedimento *ab initio*. Por todo ello, hemos de subrayar que el art. 40.2 LGDPD no menciona cifras ni dimensiones de las plantillas, consecuentemente, el ajuste razonable en España es exigible a cualquier empresario, a todo empresario.

Cosa distinta en cada supuesto es entrar en la disección de si la carga es excesiva para esa empresa, recordemos que es el límite o el posible descargo: *“salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”*, expresión idéntica que aparece recogida en la Directiva y reproducida en el art. 40.2 LGDPD.

Frente a los incumplimientos de la obligación de realizar ajustes razonables las respuestas que ofrece el ordenamiento jurídico para reaccionar ante la infracción por falta de acometida del ajuste serían principalmente tres (las cuales seguidamente se enumeran), que no en todo caso pueden configurarse como responsabilidades legales. Las peticiones a través de la reclamación judicial sería la primera y

³⁶⁹ De alguna manera así lo sugiere el autor que citamos GUTIÉRREZ COLOMINAS D. (2019), *ibídem*, en especial en las págs. 249-252.

³⁷⁰ Con cita del art. 42 de la Ley 62/2003 que llamaba al fomento de la igualdad en la negociación colectiva con cita expresa del rasgo de la discapacidad (pues es la primera trasposición al ordenamiento español de la Directiva 2000/78/CE), ciertamente descuidado por no decir caído en el olvido.

además la principal vía, mención recogida en el art. 75 LGDPD, concretada en la jurisdicción social gracias al cauce procesal de tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (arts. 177 a 184 LRJS).

La petición de la persona discapacitada, que puede reclamar la reparación del derecho, reposición e indemnización del daño. Esta es la segunda herramienta de respuesta, que bien podría articularse por distintos mecanismos, incluido al arbitraje. Precisamente al arbitraje, como mecanismo de composición y resolución de la discrepancia, se señala expresamente el art. 66 LGDPD, con inexcusable referencia a los ajustes razonables (en su literalidad), pudiendo acudir al sistema de arbitraje regulado por el art. 74 de la propia Ley, ello sin cerrar las vías siempre abiertas de recurrir a las reclamaciones administrativas y/o judiciales pertinentes. La norma, al menos desde su letra, incorpora un mecanismo jurídico integrador para llevar a la práctica la medida de adaptación, para solventar los obstáculos de su falta de realización. Lo normal, creemos, al tratarse de asuntos del mundo laboral (y con consecuencias jurídicas de calado social) sería utilizar los mecanismos de composición del conflicto ordenados y propios de la relación laboral y no un sistema de arbitraje diferenciado (por lo tanto, optamos por preferir el diseño de la solución autónoma del conflicto laboral frente al que recoge el art. 74 LGDPD).

La tercera responsabilidad pertenece al régimen sancionador, y hemos de anticipar que exhibe la característica peculiar del ámbito laboral, al que no se escapa la discapacidad, puesto que la regulación persiste unificada en el tradicional agrupamiento de un único texto infractor, evitando su dispersión normativa. Las sanciones administrativas específicas (contenidas a lo largo de los arts. 78 a 105 LGDPD), en especial art. 81.3 b) LGDPD por la negativa a adoptar medidas de ajuste razonable (sanciones cuyas multas cuantifican las CCAA, dentro de la amplia horquilla estatal entre 301 y 90.000 €, según dispone el apartado 3º del art. 83, diferenciando infracciones leves y graves, si bien se clasifica como grave la relacionada con el incumplimiento del ajuste³⁷¹). Para la graduación de la falta cometida (en sus grados

³⁷¹ Al considerar en todo caso una infracción grave el incumplimiento de las exigencias de accesibilidad, así como la negativa a adoptar las medidas de ajuste

mínimo, medio y máximo) se atenderá a los factores señalados en la norma³⁷², tales como la intencionalidad, la negligencia del empresario, la existencia de fraude o la connivencia, reiteración por incumplir advertencias previas, la cifra del negocio o volumen de ingresos, número de personas afectadas, permanencia o no de repercusiones de las infracciones, reincidencia, eco social de la conducta discriminatoria en término de alteración social o el beneficio económico generado al autor de la infracción. Procede cuestionarse si podría conjugarse con la sanción de la LISOS que recoge su art. 8.12, por implicar discriminación por razón de discapacidad y también en materia de prevención de riesgos laborales un amplio número de infracciones enumeradas en el art. 12 LISOS. Nuevamente se hace necesario un enlace en el tratamiento de las normas sancionadoras (las especiales de la normativa de las personas con discapacidad –con sus correspondientes infracciones y sanciones administrativas reguladas en el RD-Legislativo 1/2013- y las laborales, las que incumple el sujeto responsable de la realización –o, mejor, por la no realización, o no realización suficiente- del ajuste razonable en el marco de una relación laboral). Evitar situaciones y respuestas sancionadoras que contradigan el principio *non bis in idem* (en sede administrativa) requiere una investigación de la sanción aplicable por no realizar en la empresa el ajuste razonable que concuerde las infracciones aludidas de la LGDPD y las otras de la LISOS en este punto³⁷³, algunas de ellas si se solapasen pudieran ser contrarias a dicha regla, para evitar este entuerto del régimen sancionador la DA 7ª LGDPD, con meridiana claridad determina que resultan de aplicación las sanciones de la LISOS y no las establecidas en la LGDPD (no apli-

razonable. En el derecho francés la sanción puede alcanzar hasta los 75.000 euros, la horquilla de su multa económica comienza en los 45.000 euros, véase GUTIÉRREZ COLOMINAS D. (2019), La obligación de realizar..., cit., nota a pie nº 718, eso sí con una referencia al Código Penal francés prevista en su art. 225-2 es decir como sanción penal y no administrativa ante el incumplimiento de la realización de ajustes razonables, pág. 259.

³⁷² Art. 84 LGDPDS.

³⁷³ Y respete el dictado del art. 3.1 LISOS que impide la sanción de hechos sancionados penal o administrativamente en los casos de la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

cables por lo tanto al ámbito laboral porque siguen rigiéndose por la normativa sancionadora especializada del orden social³⁷⁴).

Adicionalmente en el texto de la LGPD existe la posibilidad de sanción accesoria que prohíba a la empresa concurrir por un periodo máximo de un año en el procedimiento de otorgamiento de ayudas oficiales que consistan en subvenciones o cualesquiera otras ayudas del sector de actividad en cuyo ámbito se produce la infracción (art. 85.1 LGDPD). La aplicación de la LISOS y no de esta norma especial tampoco presenta problemas (ni diferencias) porque al emplear el marco sancionador de las normas laborales también este regula sanciones anejas, así el art. 46 bis LISOS incorpora específicas sanciones accesorias (que se vinculan con el incumplimiento del art. 8.12 LISOS) con pérdida automática de ayudas, bonificaciones u otros beneficios vinculados a programas de empleo y posible exclusión de seis meses a dos años de acceso a estos beneficios o, también el art. 46 LISOS que regula las llamadas sanciones accesorias que impiden a los empresarios incumplidores lucrar las ayudas, bonificaciones o beneficios de empleo, perdiendo las que hubieren recibido, y además podrán ser, con un periodo máximo (de uno, dos, cinco años según los casos), excluidos del acceso a estas ayudas, subvenciones, bonificaciones o beneficios (pero se limita su extensión objetiva, al tratarse de una infracción circunscrita a incumplimientos en materia de empleo, formación y protección al desempleo).

La respuesta de la elección de la continuidad de la normativa sancionadora laboral sería encomiable si el legislador hubiera introducido una regulación de la infracción por no realizar ajustes razonables en la LISOS o hubiera mejorado las infracciones y sanciones laborales por discriminación en atención al motivo de la discapacidad, pero no lo hizo. De manera que deben aplicarse las infracciones contenidas en el art. 8.12 LISOS (cuyos importes ciertamente son superiores a los de la LGDPD, pues oscilan entre 6.251 y 187.515 euros al ser una infrac-

³⁷⁴ Así se lee en la mencionada DA 7ª de la LGDPD: *"Las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad seguirán rigiéndose por el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto"*.

ción laboral muy grave³⁷⁵). Aunque sorprende sobremanera (e incluso sonroja al jurista que estudia la discapacidad) que en las infracciones muy graves del art. 13 de la LISOS tras los puntos 1 y 2, referidos a la no observancia por el empresario de las normas específicas en materia de seguridad y salud de trabajadoras durante el embarazo y lactancia y de los menores respectivamente, no haya previsto paralelamente una infracción en los mismos términos por inobservancia de las normas específicas en materia de protección y seguridad y salud de las personas con discapacidad.

Se ha puesto en duda que en la tipificación de las infracciones de la LISOS, en su redacción actual, encaje indubitadamente la falta de realización del ajuste razonable³⁷⁶, aunque al contemplar el precepto referido a las discriminaciones por razón de discapacidad debe entenderse que tiene cabida porque el incumplimiento de la obligación de ajuste razonable no deja de ser una discriminación indirecta –ya que supone un ataque a la igualdad de trato (y así se define)–, o de alguna manera se critica la actitud pasiva del legislador que no recoge expresamente como infracción laboral la no realización del ajuste razonable lo cual dificulta la posibilidad de levantar actas infractoras por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social y de sancionar en este ámbito por parte de la autoridad laboral; ya que bien podría ha-

³⁷⁵ Las cuantías de estas sanciones en materia de relaciones laborales y empleo se recogen en el art. 40.1 LISOS. Las sanciones llevan sin actualizarse desde el año 2007, por ello téngase presente que el legislador español prevé revisar las cuantías de las sanciones de la LISOS en este año 2021 aplicando la DA 1ª de esta norma, que remite a la actualización periódica por el gobierno teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo. Se estima que el incremento de las cuantías de las sanciones del art. 40 LISOS se verá elevado en un 17% en virtud de dicha actualización (probablemente con la modificación del Reglamento aprobado por RD 928/1998). También se prevé la posibilidad de introducir una reducción en la cuantía de las sanciones por “pronto pago”, sin embargo, habrá que esperar a la regulación legal para conocer si esta medida del derecho sancionador que busca reducir el importe y al tiempo evitar la reclamación frente a la actuación administrativa (y por ende la posible posterior litigiosidad) afecta a infracciones en las que se vulneran derechos fundamentales como la no discriminación en el empleo.

³⁷⁶ Así GUTIÉRREZ COLOMINAS D. (2019), La obligación de realizar ajustes razonables..., cit., pág. 264, ya que el autor no entiende que el ajuste razonable encaje en la clasificación de discriminación indirecta sino en una categorización distinta que califica de discriminación *sui generis*.

berse introducido en el año 2013 o, lo puede hacer ahora el legislador en cualquier momento, con una modificación de la redacción del art. 8.12 de la LISOS que no dé lugar a equívoco alguno sobre la caracterización de la infracción laboral por incumplimiento de realizar el empresario el ajuste razonable.

III. LA TOZUDA REALIDAD REFLEJA INSUFICIENTE ATENCIÓN A LAS MEDIDAS DE INTEGRACIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES

Corresponde analizar la sensibilidad de los interlocutores sociales a la prohibición de discriminación en el empleo por razón de discapacidad y a la específica obligación de adaptación del puesto de trabajo.

Los agentes sociales acordaban en el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para el periodo 2015-2017, abordar aspectos vinculados a estas cuestiones referidas a la plena inclusión laboral de la PCD y a las obligaciones empresariales de la realización de apoyos. Así, en su capítulo II, punto 6º se recordó la importancia de la igualdad de trato y oportunidades de las personas con discapacidad, recogiendo el compromiso de los negociadores de *“realizar cuantos ajustes razonables sean necesarios, para una correcta adaptación del puesto de trabajo en función de la discapacidad de que se trate, de manera que las personas con discapacidad puedan desarrollar su trabajo productivo sin condicionantes que mermen o dificulten el uso de sus conocimientos y capacidades”*³⁷⁷. Tras la adopción del IV Acuerdo para el periodo 2018-2020, que sustituye al anterior, a pesar de contener en sus anexos una rúbrica dedicada a la igualdad³⁷⁸, tan sólo se repara en la igualdad entre hombres y mujeres ninguna referencia aparece en el nuevo acuerdo a la discapacidad en el trabajo; tampoco, de momento con otros instrumentos de negociación, a partir de 2020 año en el que se está a la espera de un nuevo acuerdo bipartito que,

³⁷⁷ III AENC, publicado en el BOE de 20 de junio de 2015.

³⁷⁸ Apartado IX del Anexo del IV AINC, BOE de julio de 2018, que contienen acuerdos propios de la negociación pero que según se expresa “deben ser desarrollados en el ámbito tripartito con el Gobierno de España”.

sin duda, la crisis sanitaria ha retrasado (pues el último vigente es el citado, ya agotada su eficacia que abarcaba el periodo 2018-2020, mientras no se acuerde una nueva negociación que a partir de 2021 sustituya a los precedentes Acuerdos de Negociación Colectiva). La concertación social tripartita para hacer frente a la pandemia y los sucesivos Acuerdos sociales denominados en defensa del empleo (AS-DE³⁷⁹), tampoco mencionan estos aspectos pese a abordar un tema tan sensible como específicas medidas de protección del empleo.

En consonancia con lo anterior, cuando descendemos a la negociación colectiva son (igualmente) escasas las referencias en los Convenios Colectivos que se detienen en este aspecto referido a la no discriminación de las personas con discapacidad (donde más presente estará va a ser en los convenios colectivos vinculados o reguladores de condiciones laborales relativas a Centros Especiales de Empleo o en sectores relacionados con empleo protegido de personas con discapacidad y con relaciones con los CEE como pueden ser subcontrataciones u otro tipo de fenómenos interpositivos de empresas o por subrogaciones empresariales que operan en la realidad recurriendo las empresas a la contratación o subcontratación con empresas dedicadas a este tipo de empleo protegido, en el marco de la relación especial de empleo para los trabajadores discapacitados).

Aquellos estudios sobre la negociación colectiva que recalán en la atención de los negociadores sobre la discapacidad nos muestran sobre los trabajadores discapacitados un tratamiento orientado a la movilidad funcional y reclasificación, la movilidad geográfica, la posibilidad de reincorporación en la empresa o las matizaciones en los permisos³⁸⁰, algunos recogen las obligaciones de salud que contempla el art. 25 LPRL y la protección a trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos; si se trata de trabajadores con familiares

³⁷⁹ El primero de ellos, I ASDE, se publicaba en forma de RD-Ley 24/2020, de 26 de junio (BOE de 27 de junio), y el último conocido al revisar estas páginas IV ASDE, llegaba al BOE en forma de RD-Ley 2/2021, de 26 enero (BOE de 27 de enero).

³⁸⁰ Con detenimiento KAHALE CARRILLO D. T. (2016), "La discapacidad en los convenios colectivos", en SÁNCHEZ TRIGUEROS C. (dir.) y otros: El principio de igualdad en la negociación colectiva, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, colección Informes y Estudios, págs. 525 a 566.

discapacitados a su cargo se observa un ligero acercamiento a la protección de la no discriminación por asociación en cuanto a la ordenación del tiempo de trabajo y el disfrute de reducciones de jornada, permisos (algunos específicos para atender a sus hijos discapacitados y acompañarlos a visitas educativas, sanitarias o asistenciales), preferencias en cambios de turno u otros derechos que hagan posible una adaptación de la jornada y una necesaria y deseable flexibilidad horaria³⁸¹, posibilidad de acogerse a excedencias con reserva del puesto de trabajo que, a veces, mejoran la regulación legal, y ayudas sociales para los hijos discapacitados (normalmente sólo para los hijos) u otros familiares discapacitados, permisos que atiende a la situación del trabajador discapacitado³⁸², además de abordar cuestiones relacionadas con la cuota de reserva reiterativas de la obligación legal –y por lo tanto más pedagógicas que mejoras convencionales– y en ciertos casos sobre la realización de pruebas con adaptación a la persona con discapacidad de los procesos de selección y promoción.

No obstante, cualquier acercamiento certero a las cláusulas convencionales exige relacionar la discapacidad con la enfermedad y, en particular, a la regulación de protección complementaria que se contiene de manera prolija en los convenios colectivos, tratadas como

³⁸¹ En esta cuestión de adaptación de jornada y flexibilidad horaria alguna negociación colectiva contempla lo que aún no se ha incorporado a la redacción del art. 34.8 ET en caso de personas con discapacidad y sí para los hijos menores, como norma de conciliación de la vida familiar y laboral, aunque delimitado o restringido su ámbito para conciliar con los horarios de los centros donde los hijos con discapacidad reciben su atención. Por otro lado, la -ya anteriormente citada en estas notas- Directiva 2019/1158/UE, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores recoge menciones tanto a supuestos de hijos con discapacidad como padres con discapacidad para incentivar precisamente permisos y fórmulas de trabajo flexible (considerandos nº 4,37 y art. 5 y 6), aunque son medidas muy frágiles referidas al permiso parental con cita expresa de la discapacidad (de progenitores o de hijos) y al permiso para cuidadores, en este caso sin explícita referencia a la discapacidad.

³⁸² Por ejemplo, de un día para realizar trámites relacionados con la situación de discapacidad, con la particularidad de que se concede *a posteriori* una vez reconocida la discapacidad o que se concede el permiso (en horas) para la gestión de un familiar que realiza la tramitación administrativa del reconocimiento de la condición de discapacitado, pero con carácter recuperable, en este sentido nuevamente lo recoge KAHALE CARRILLO D. T. (2016), "La discapacidad...", cit., págs. 551 y 558.

mejoras Seguridad Social en aplicación del art. 43 LGSS (en referencia a la incapacidad temporal, a la incapacidad permanente y a determinadas coberturas de seguros o incluso indemnizaciones crecientes vinculadas a una edad con extinción de la relación laboral).

Los negociadores sociales, pese a la encomienda del citado Acuerdo Interconfederal de 2015-2017, no incorporan cuestiones sobre ajustes razonables, tan sólo de manera tangencial introducen en términos de seguridad y salud laboral y siempre al hilo de la LPRL (las concreciones que la negociación añade). Así por ejemplo, es frecuente encontrar disposiciones convencionales referidas a la posible readaptación laboral de los trabajadores en atención a la disminución de su capacidad física sin que ello siempre suponga el mantenimiento del puesto, pues puede suponer la denominada así readaptación, una movilidad o una adscripción a otro puesto (preferentemente del mismo grupo profesional y si no lo hubiera de otro grupo) y, además, se reconoce el derecho a la readaptación cuando la situación de la persona no alcance el reconocimiento de incapacidad laboral permanente.

Resulta necesario hacer una llamada de atención a la negociación colectiva, para que atienda a las personas con discapacidad en sus clausulados con mayor riqueza de contenidos, con dedicación y muestre su interés por la plena participación en el mundo laboral de los trabajadores discapacitados, fomentando e instaurando medidas que impidan el despido de la persona con discapacidad o la extinción de la relación laboral, a los que el texto del ET invita a incluir protecciones específicas (sirva de ejemplo el art. 51.5 ET que llama al Convenio Colectivo para establecer prioridades de permanencia de las personas con discapacidad en los despidos colectivos, prioridad de permanencia que, igualmente, pueden regular los convenios colectivos en la movilidad geográfica, aspecto al que alude el art. 40.7 ET). Son múltiples las propuestas que pueden sugerirse a los negociadores para hacer más real la igualdad de trato de las personas con discapacidad en aras a su inclusión laboral y plena participación en el mundo del trabajo tales como la adopción de medidas específicas necesarias adaptadas a la persona, mejora del entorno laboral accesible, referencias que faciliten la realización de los ajustes razonables e impidan su negativa por la empresa, introducir variaciones o modificaciones (re) organizativas que permitan el normal desarrollo del trabajo al trabajador discapacitado, abordar y desglosar en todo el clausulado del

convenio colectivo aspectos relativos a la discapacidad (por ejemplo al regular el tiempo de trabajo y sus pausas como medidas de ajuste), regular criterios orientativos para la adaptación de la jornada por razones personales de discapacidad (y no sólo por razones familiares de cuidado de discapacitados), facilitar información laboral accesible a la persona con discapacidad, adaptar tanto el lugar de trabajo como los equipos a las personas con discapacidad, ofrecer una vía de interlocución que llegue a los representantes legales de los trabajadores en la que se pueda escuchar las demandas laborales de la persona con discapacidad o de sus representantes. También debe ser relevante el papel de la representación especializada en la vigilancia de la salud, que atienda a la tipología de la discapacidad, que repare en el riesgo psicosocial y proponga medidas de adaptación a sus necesidades de seguridad y salud laboral.

Del análisis judicial (atendiendo a la litigiosidad) brevemente se puede colegir que el concepto ajuste razonable aparece en supuestos: (1) de extinción de la relación laboral (en particular frente al despido objetivo³⁸³: por ineptitud sobrevenida o por absentismo –hasta que en febrero de 2020 se derogaba esta segunda causa extintiva de la relación laboral del art. 52 d) ET-), (2) en la delimitación del concepto discapacidad protegido, siempre en linde con la enfermedad y (3), excepcionalmente, algunos procesos muestran la ausencia del cumplimiento de evaluación del puesto de trabajo para la persona con discapacidad, que exige el art. 25.2 LPRL para los trabajadores especialmente sensibles (a determinados riesgos).

También es deseable la atención al teletrabajo, sobre todo una vez regulada recientemente en una norma especial la atención al desarrollo del trabajo a distancia de las personas con discapacidad, y los ajustes que en esta forma de realizar el trabajo sean necesarios, en relación con el recién remozado trabajo a distancia³⁸⁴, así se contiene en el art. 22 del RD-Ley 28/2020, reproduciendo la normativa del ET, en cuanto a las facultades directivas, en especial las de vigilancia y

³⁸³ En no pocas ocasiones la medida del despido encubre la ausencia de falta de adaptación del puesto de trabajo de la persona con discapacidad. El cerco judicial (y antes el estímulo legal) deberían reducir estos comportamientos.

³⁸⁴ Mediante RD-Ley 28/2020 de trabajo a distancia.

control, el precepto incide en atender a la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.

Para finalizar es necesario presentar, siquiera como recurso complementario, la regulación voluntaria que recopila buenas prácticas en materia de ajustes razonables para facilitar no ya el cumplimiento de las obligaciones legales sino el deseo de una real integración de las personas con discapacidad (que supera y va más allá de los requerimientos de la Ley). Las buenas prácticas puestas en común son lugares de encuentro que sirven para construir propuestas, para mejorar y alcanzar mejor la finalidad perseguida por la obligación de realizar el ajuste razonable, así en España conviene consultar el portal ADATyAR³⁸⁵, otro un ejemplo, ya del espacio comparado, en Estados Unidos es la red creada bajo la denominación *JAN Job Accommodation Network*³⁸⁶.

Estas medidas que agrupan la puesta en común de prácticas aún siendo voluntarias, prácticas que llevadas a efecto pueden a la larga demostrar tener un efecto transformador de la mayor presencia de las personas con discapacidad en el trabajo. Porque hemos de concluir que, pese a las reformas normativas (de más de cuarenta años), si atendemos tanto al número cuantitativo de personas con discapacidad integradas en el trabajo (teniendo en cuenta que son 1.899.800 las personas con discapacidad en edad laboral, un 6.29% de la población, y que aún, siendo la mayoría inactivos [65,54 % en 2019] se integran más los que tienen un grado de discapacidad menor, dificultándose la integración de las personas con grados severos que superan el 65% ó el 75% de grado de discapacidad³⁸⁷) como a la falta de cualificación de sus empleos (en los últimos años se observa un leve retroceso en la evolución de la ocupación disminuyendo la presencia de personas con discapacidad en puestos directivos, técnicos profesionales, trabajos cualificados o empleos de oficina e incrementándose en las ocupaciones elementales, operadores de instalaciones y montadores o trabajos

³⁸⁵ Localizable en: <http://adapttyar.ibv.org/>

³⁸⁶ Puede consultarse su web en la URL <https://askjan.org/index.cfm>

³⁸⁷ OBSERVATORIO DE OCUPACIONES (2018) y (2020): Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad. Datos de 2017 y Datos 2019, respectivamente, pág. 21.

cualificados de industrias)³⁸⁸, y asimismo si nos fijamos en la altísima tasa de temporalidad de los contratos de trabajo de personas con discapacidad³⁸⁹ (contrataciones bonificadas recurrentemente favorecidas por las normas y bonificaciones de Seguridad Social), hoy, y aunque lentamente (*eppur si muove*) sigue siendo una asignatura pendiente el reto de la integración.

IV. LA ENCRUCIJADA ENTRE EL TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LAS INCAPACIDADES LABORALES

³⁸⁸ Los datos estadísticos aparecen en OBSERVATORIO DE OCUPACIONES (2018): Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad. Datos de 2017 y el mismo Informe (2020) que contiene Datos 2019, que se puede consultar en la Web del SEPE <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-publico-mercado-trabajo/informe-mercado-trabajo-estatal-discapacitados.html> en dos años ha crecido el número de personas con certificado de discapacidad, ya que en 2017 eran 1.840.700.

³⁸⁹ El 90,11% de la contratación fue de carácter temporal en 2019, 90,30% de la contratación de 2017, según datos del OBSERVATORIO DE OCUPACIONES (2018) y (2020), Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad, cit., págs. 33 y 34 y 39 y ss., respectivamente. Aunque debido a la limitación de personas activas frente a las inactivas entre personas con discapacidad (654.600 activos, frente a 1.245.200 inactivos) la tasa de temporalidad es del 23,77% en 2017, del 26,68% en 2018, menor a la del conjunto de la población. En una aproximación a la contratación de 2017, en el año se formalizaron sólo 29.917 contratos indefinidos y 278.459 contrataos temporales. La contratación en fórmulas de empleo protegido a través de CEE alcanzó los 77.677 contratos, en 2019 la contratación en CEE y enclaves laborales supuso el 23,58% de los contratos con PD. La contratación temporal causal ordinaria alcanzaba casi el 70% de la contratación de personas con discapacidad en 2017 y continua en esa franja en 2018 entre la celebración de contratos eventuales por circunstancias de la producción (36,76 % y 39,06 respectivamente para 2017 y 2018) y contratos por obra o servicio determinado (32,66 % y 31,65% según nos fijemos en 2017 ó 2018). Los contratos de interinidad entre personas con discapacidad alcanzaron el 11,69 % en 2017 y un 11,19% en 2019. Todos ellos contratos temporales que responden a la contratación estructural del art 15.1 ET. En una visión estática en 2017 se formalizaron 29.917 contratos indefinidos y 278.459 contrataos temporales, en 2019 esas cifras responden a 21.857 contratos indefinidos y 196.524 contratos temporales. La rotación en la contratación temporal alcanza una tasa del 2,16 en 2017 y crece algo hasta un 2,25 en 2019.

Siempre es necesario el diálogo entre las normas laborales y las de Seguridad Social, más aún si se conecta con la discapacidad. Hay que abordar y revisar los puentes (tantas veces rotos) entre un derecho y el otro para que la discapacidad no sea un medio espurio de expulsión laboral cuando se reconoce el derecho a una prestación social, de manera que se debe evitar que la discapacidad se convierta en instrumento de exclusión laboral.

El abordaje puede hacerse diferenciando la discapacidad originaria y la discapacidad sobrevenida. En todo caso por la ordenación de las normas de Seguridad Social, la discapacidad sobrevenida ofrece más supuestos de expulsión laboral³⁹⁰. Se ha estudiado cómo la discapacidad puede suponer no sólo la expulsión del concreto puesto que se venía desarrollando sino, lo que es más grave, una expulsión del trabajo (en muchas ocasiones una separación del mundo laboral para siempre). Este desajuste, que a su vez lastra una rémora al Sistema de Seguridad Social y convierte en ineficiente la idea de integración laboral de los discapacitados, se intentará corregir en el futuro próximo, ya que la Recomendación nº 18 del renovado Pacto de Toledo en octubre del año 2020³⁹¹, aprobada en sede parlamentaria el pasado 23 de octubre de 2020, al referirse a las personas con discapacidad apuesta precisamente por la compatibilidad entre trabajo y pensiones de incapacidad permanente para las personas con discapacidad, haciéndose eco y recogiendo el guante de una demanda reiterada de los propios afectados y otros colectivos, así como reflejada por parte la doctrina especializada (entre la que nos incluimos) y por alguna institución³⁹². Con gran ahínco en la idea de compatibilizar las pensiones por incapacidad permanente y la realización de un trabajo, evitando

³⁹⁰ Como apunta GARCÍA JIMÉNEZ M. (2020) "Discapacidad sobrevenida y exclusión laboral: una correlación precisada de urgentes vías de corrección", RTSS CEF nº 446, págs. 31-55.

³⁹¹ Que bajo la rúbrica Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo fue publicado en el BOCG, serie D, de 10 de noviembre de 2020.

³⁹² No se agota en esa recomendación ya que la preocupación por la incorporación laboral de las personas con discapacidad también estará presente en otras recomendaciones, por ejemplo, la Recomendación 6ª (del Pacto de Toledo renovado en 2020) al referirse a la importancia de priorizar los incentivos al empleo para ellos entre otros grupos vulnerables o con dificultades de inclusión (junto a colectivos en riesgos de exclusión social y a las víctimas de violencia de género).

la enorme litigiosidad en este punto y ámbito respecto del reconocimiento de las incapacidades permanentes y su compatibilidad con el trabajo³⁹³. No obstante, el Pacto de Toledo no sólo aborda esa prestación sino que también incide en otras prestaciones de marcado corte familiar (orfandad, por hijo a cargo, por nacimiento y cuidado de menor, atención a las mujeres con discapacidad embarazadas y en las primeras semanas posteriores al parto), o en la jubilación en particular prestando atención a la anticipación de la edad de jubilación por razón de discapacidad (exigencia de tiempo de cotización –periodos de carencia- y pide atención a las singulares dificultades de su acreditación).

No se trata de una cuestión novedosa (pues ya estuvo presente en las Recomendaciones del Pacto de Toledo de 2011) pero se incide en la necesidad de profundizar, *“eliminar los obstáculos a la activación, favoreciendo su acceso a un empleo digno, suficiente y de calidad”*, se refuerzan dos elementos clave la inclusión y la participación efectiva de los discapacitados en el trabajo.

Cualquier medida legal o negociada a través de los Convenios Colectivos que quisiera facilitar el empleo de las personas con discapacidad o priorizar el mantenimiento del empleo debe armonizarse con la regulación de la norma de Seguridad Social, para, al menos, conocer la realidad de los expulsados del trabajo por el reconocimiento de pensiones de incapacidad permanente (en sus distintos grados), identificar a las personas declaradas incapaces laborales una capacidad laboral y crear pasarelas para que puedan permanecer en el empleo, así como a quienes son perceptores de prestaciones no contributivas (a quienes siendo discapacitados también hay que recuperar para su participación laboral). Las estadísticas informan (de manera abrumadora) que la mayoría de las personas con discapacidad inactivas lo son porque tienen reconocida una incapacidad permanente³⁹⁴, habla-

³⁹³ Como ponen de manifiesto, año tras año, las memorias del CGPJ en referencia a los asuntos que se dirimen sobre incapacidades permanentes en la jurisdicción social, sin duda la prestación más “peleada” en los procesos de Seguridad Social en sede judicial.

³⁹⁴ La tasa es del 86,95% en atención a la causa de su incapacidad, OBSERVATORIO DE OCUPACIONES (2020): Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad. Datos de 2019, pág. 21 son datos del año 2018.

mos de 761.400 personas en 2018, con un porcentaje del 61,15 % de total de personas con discapacidad, que presentan, por lo tanto, incapacidad para trabajar³⁹⁵. El problema también se plantea con aquellas personas a las que en el trabajo se les niega capacidad laboral (sobrevenida) pero la situación por la que atraviesan no les reconoce una prestación de incapacidad permanente, dejándolos en un limbo: no capaces para trabajar en los términos que exige el art. 4 ET (permitiendo la extinción de su contrato de trabajo por ineptitud del art. 52 a) ET u otras causas extintivas), no reconocidos incapaces por la acción protectora de la Seguridad Social.

En primer lugar hay que atender a esta realidad, por mucho que pudiera parecer una paradoja que el incapaz laboral busque trabajo, pero ello es así porque la estadística ya muestra que hay un porcentaje destacable de declarados incapaces laborales perceptores de prestaciones de Seguridad Social que son personas activas, ya sea porque trabajan o porque buscan trabajo (por encima de 1 de cada 5), también de los que han sido evaluados por el Sistema de autonomía y atención a la dependencia es importante conocer el número de dependientes que permanece en activo (1 de cada 10). Tampoco puede olvidarse que la incapacidad permanente total es compatible con el trabajo y en ocasiones también lo son otros grados de incapacidad. De ahí que los negociadores se preocupen por mantener el trabajo cuando se recupera la capacidad laboral de incapacitado permanente total o absoluto (la plena capacidad, dirán los clausulados de los convenios colectivos), ya sea por la mejoría (tras una revisión del grado) o por otras causas, con reconocimiento de un derecho de preferencia en el reingreso a la empresa cuando haya una vacante de su grupo profesional³⁹⁶. A ello se une que algunos convenios colectivos abordan de una manera *sui generis* el tratamiento del reconocimiento de la incapacidad permanente parcial³⁹⁷, ya que en este caso regulan su continuidad en la empresa a veces indebidamente denominada rein-

³⁹⁵ Nuevamente en OBSERVATORIO DE OCUPACIONES (2020): Informe del mercado... Datos 2019, pág. 20.

³⁹⁶ Así lo recoge KAHALE CARRILLO D. T. (2016) "La discapacidad en los convenios ...", cit., pág. 545.

³⁹⁷ Nuevamente sobre estas cuestiones véase KAHALE CARRILLO D. T. (2016), *ibidem*.

corporación o que arbitran un sistema de ocupación en otro puesto (aunque manteniendo su nivel retributivo original) ya que la incapacidad permanente parcial no supone extinción de la relación laboral y no debería suponer reubicación de su puesto sino permanencia en él.

En segundo lugar, porque mediante el conocimiento de los numerosos litigios relativos a las incapacidades laborales presentados en sedes judiciales sociales pronto se descubre el interés de la persona por compatibilizar trabajo y el disfrute de la pensión de incapacidad laboral o la prestación no contributiva de invalidez (o también las prestaciones por hijo a cargo que perciben los discapacitados e incluso las pensiones de orfandad reconocidas a personas con discapacidad) o la ayuda perteneciente al sistema de dependencia, de aquellas personas que buscan la coexistencia entre trabajo y percibo de las prestaciones sociales que tienen reconocidas. Es pues una constante las reclamaciones de compatibilidad del trabajo y persistencia en el percibo de prestaciones, un *continuum* presente en las pretensiones judiciales, la búsqueda de convivencia de trabajo y prestaciones.

Del total de afiliados a la Seguridad Social las personas con discapacidad supusieron en 2019 un 1,48 %, lo que da muestra de la muy escasa participación en el trabajo³⁹⁸, de ellos la mayoría son asalariados integrados en el RGSS, más del 90%. Si se observan los contratos de trabajo registrados supone el colectivo de personas con discapacidad un 1,58 % en las oficinas de los Servicios Públicos de Empleo. No obstante, es creciente su participación laboral pese a que solo participa con trabajo un 1.58% de personas con discapacidad mientras que representa un 6,29% sobre la población nacional. La mayoría de las personas con discapacidad desempeña su labor en el sector servicios 83.54%, un 11.24% en la industria, siendo muy limitada su presencia en construcción y agricultura (3.12% y 2.10%, respectivamente).

Son poco numerosos los convenios colectivos que reconocen al trabajador discapacitado la posibilidad de dar continuidad a la relación laboral tras la discapacidad, permitiéndoles solicitar un cambio

³⁹⁸ De 19.261.636 personas afiliadas a la Seguridad Social solo son personas con discapacidad 285.079, OBSERVATORIO DE OCUPACIONES (2020): Informe del Mercado de trabajo... Datos de 2019, cit., pág. 12, lo que da muestra del bajísimo índice de participación laboral de las personas con discapacidad.

de puesto de trabajo compatible con su discapacidad y sus sobrevenidas limitaciones, las cláusulas recogen el compromiso que adquiere la empresa de destinar al discapacitado a trabajos adecuados a su situación y condiciones mediante una reclasificación y un nuevo encuadramiento (siempre que haya disponibilidad de puesto de trabajo). Como se nos ha anunciado por algún autor en ocasiones las respuestas suponen un retroceso en las condiciones laborales iniciales de los trabajadores incluso con menores retribuciones o cambio de funciones³⁹⁹, lo que significa que hay una versión ciertamente muy sutil de exclusión laboral con degradación laboral⁴⁰⁰. Aunque de ese escaso número de convenios colectivos en ocasiones la empresa deniega el cambio solicitado por la persona con discapacidad por entender que la situación no es compatible con el desempeño de las nuevas funciones, por haberlo previsto para algunos puestos y no para otros⁴⁰¹, o bien que la persona carece de la declaración de incapacidad laboral que es la que prevé la cláusula convencional como mecanismo o requisito habilitante para acceder al cambio de puesto de trabajo compatible con la persona discapacitada, ya que son muchas las cláusulas

³⁹⁹ Así con rotundidad lo expresa, RUIZ SANTAMARÍA J.L. (2019), *Vacíos e insuficiencias en la protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, pág. 204.

⁴⁰⁰ A estas conductas daba respuesta la STJUE de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, conocida como el caso Coleman que ya se ha recogido en estas páginas. Sorprende acercarse a los anales de jurisprudencia y observar cómo se repite esta reacción represiva frente al discapacitado en el mundo laboral, para comprobarlo pueden consultarse las Sentencias STSJ de Cataluña de 23 de junio de 2011 o STSJ de Andalucía, Sevilla, de 12 de septiembre de 2012 o, si se prefiere, la STSJ de Madrid de 29 de julio de 2013 que examina un acoso laboral por razón de parentesco. Más recientemente observamos otras conductas igualmente reprochables como es la aplicación de una sanción disciplinaria al funcionario que sufre una discapacidad intelectual, como es el síndrome de Asperger en la STC de 15 de marzo de 2021 que demuestra que en el ámbito público la respuesta en ocasiones es más perversa que las contempladas en la empresa privada, con la aplicación del régimen de disciplina (a un letrado de la Administración de Justicia).

⁴⁰¹ Llama la atención, por ejemplo, que esto suceda en las Universidades que no prevén el cambio de puesto de trabajo por discapacidad para personas con discapacidad (que podría asumir funciones no docentes) y sí para el PAS. Igualmente es llamativo que el EBEP no sea un ejemplo para la permanencia de los empleados públicos discapacitados.

que utilizan ese concepto de incapacidad que no es lo mismo que discapacidad⁴⁰², o exigen una discapacidad declarada y no atienden a otras discapacidades no reconocidas o formalmente declaradas como tales discapacitados, pero existentes⁴⁰³.

La reasignación del trabajador discapacitado a otro puesto, mediante su reubicación o la suspensión del contrato de trabajo prolongada en el tiempo (recogiendo un periodo más largo a lo que prevé el Estatuto de los Trabajadores y la normativa de Seguridad Social en previsión de la revisión y mejora hasta su reincorporación⁴⁰⁴) son las medidas más exploradas por la negociación colectiva. A nuestro jui-

⁴⁰² La aproximación entre estas dos cuestiones que presentan una intersección, pero no son idénticas también ha sido resuelta en sede judicial a partir de la STS de 29 de noviembre de 2018 (Rec. 3382/2016), que declara *ultra vires* el texto del art. 4.2 LGDPD que reconoce a quien tiene reconocido el grado de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y, de manera automática, el 33% de discapacidad (porque el texto refundido excede en la función refundidora, por exceso de la delegación legislativa no respetando el contenido de la norma que refunde –que es para lo que estaba habilitado–, en este caso el art. 1 de la Ley 26/2011 sustituyendo la frase “a los efectos de esa ley” por otra mucho más amplia “a todos los efectos”, recordándonos el supremo que son múltiples, variados y muy heterogéneos los efectos que despliega en las distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33%).

⁴⁰³ Este ejemplo en la STSJ de Galicia, de 30 de octubre de 2003; citado por FERNÁNDEZ ORRICO F.J. (2017), “Cuotas de reserva y ajustes...”, cit., pág. 25 de la versión digital. Sin embargo, como bien se conoce las resoluciones del TJUE permiten que aun no existiendo declaración de discapacidad (formal o legal) ello no es relevante a la hora de considerar a la persona como discapacitada pues no hemos de tomar la norma interna y la declaración de discapacidad sino el cumplimiento de las previsiones de la Directiva 2000/78/CE y si nos encontramos ante una enfermedad (duradera) que provoca limitaciones y dolencias físicas que suponen un obstáculo para su participación en la vida profesional estamos antes los perfiles de la discapacidad perfilados en el nivel europeo, porque como ya hemos indicado en otras ocasiones el concepto de discapacidad que se extrae de la jurisprudencia europea es amplio (téngase en cuenta que la citada Directiva en materia de no discriminación en el empleo no nos ofrece la definición de discapacidad a diferencia de la Convención de Naciones Unidas de 2006) y la noción de persona con discapacidad es dinámica, con este parecer entre otras muchas, por ejemplo, la STSJ de Cataluña, de 17 de febrero de 2015 ó STSJ del País Vasco de 1 de julio de 2019.

⁴⁰⁴ Más allá de los dos años que contempla el art. 48.2 ET siempre que se haya previsto la revisión por mejoría de la incapacidad permanente reconocida al trabajador conforme a las reglas de los arts. 193 y siguientes de la LGSS.

cio no son las correctas, sino las sencillas, las de la inercia convencional, las simplemente reiteradas en el tiempo y ampliamente aceptadas (o no cuestionadas).

Sin embargo ninguna de esas cláusulas convencionales afrontan de cara la inclusión de la persona con discapacidad, más bien reposan sobre conceptos superados de la integración laboral del discapacitado pues el cambio de puesto de trabajo no es la medida preferente porque si atendemos a la finalidad de las normas es una obligación del empresario acometer o realizar el ajuste razonable, el cambio de puesto, la readaptación, la movilidad, etc., es más bien una decisión que ratifica la necesidad de no acomodo y por ende de cambio reubicando al discapacitado o de reajuste hacia otro puesto, son rarísimas las negociaciones colectivas que regulan este derecho al ajuste razonable concretando medidas, recogiendo las exigencias del art. 40 LGDPD, adecuándolas a las características propias del sector de actividad o empresa del convenio colectivo, tampoco nos parece que una medida de adaptación lo sea alargar la suspensión del contrato de trabajo reservando el puesto de trabajo.

Las normas de integración laboral de los trabajadores discapacitados del siglo XXI que nos hemos dado (las que contemplan las normativas internacionales e internas) piden el pleno reconocimiento de los derechos laborales y no su suspensión (que son cosas bien distintas). Ni tampoco escogen por el apartamiento o alejamiento de las personas con discapacidad del empleo. El derecho vigente regula el ajuste razonable como elemento de igualdad de trato y no discriminación en el empleo, las medidas a las que se obliga el empresario tienen que pasar por hacer posible, en primer término, el desempeño del puesto de trabajo del trabajador discapacitado, exigen una acción de adaptación vinculada al puesto, en su caso la necesaria dotación de medios o instrumentos o de acondicionamiento. Algunas resoluciones judiciales aciertan en esta concepción cuando desestiman pretensiones de quienes reclaman una movilidad funcional, cambio de funciones o cambio del puesto de trabajo antes que solicitar la adaptación del puesto de trabajo o reclamando precisamente frente al ajuste (re-organizativo) adoptado por la empresa.

La no discriminación de las personas con discapacidad en el empleo siempre exige la integración laboral, todos los instrumentos que

contribuyan a esta medida serán los idóneos, todos aquellos otros que -por oposición- relentecen, entorpezcan o impidan la inclusión del trabajador discapacitado limitando o imposibilitando la igualdad de trato son despreciables.

V. REFLEXIONES FINALES

La influencia de las normas internacionales sobre la discapacidad, tanto la Directiva 2000/78/CE como la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad de 2006, desde hace unas décadas han removido los cimientos de la visión de la integración laboral de los discapacitados, en especial las resoluciones judiciales del TJUE cuyos pronunciamientos perfilan los elementos básicos de una visión amplia de la discapacidad, pero aún no se ven los resultados en nuestras estadísticas laborales. Por la legislación laboral nacional se incide más en el trabajo del discapacitado, el acceso, el mantenimiento del puesto de trabajo, la promoción y la formación pero menos en el empleo y sus políticas imprescindibles para alcanzar la inclusión laboral.

La exigencia de la plena inclusión y participación en la vida profesional implica centrarse en la persona con discapacidad, en el análisis de los motivos que hacen que permanezcan orillados del empleo y del trabajo a pesar de las múltiples reformas normativas y de las buenas prácticas empresariales que se han seguido en los últimos casi cuarenta años (desde que se aprobara la LISMI en 1982).

Es necesario avanzar en el refuerzo de las diferencias entre los conceptos discapacidad e incapacidad, insistir en que la enfermedad necesita un marco garantista mayor del que existe en la actualidad y no abrir permanentemente el dique de convertir determinadas enfermedades en discapacidades ni tampoco los otros factores (como el envejecimiento o la obesidad) porque ello perturba el diseño originario para la inclusión laboral de los discapacitados y la atención del derecho a la persona con discapacidad.

La discriminación por razón de la discapacidad puede examinarse simplemente para desplazar los obstáculos que impiden la presencia y permanencia en el empleo de la persona con discapacidad. Se necesitan acciones que hagan real y efectiva, en términos de igualdad de

trato, el acceso y la continuidad en el empleo de la persona con discapacidad (plena inclusión y también plena participación). Las normas internacionales nos ilustran que ello sólo puede realizarse desde el reconocimiento de la dignidad de la persona y la no discriminación por el rasgo de la discapacidad, la discriminación es aquí una lesión a la dignidad. La prohibición de discriminación impide el trato diferente basado en la discapacidad de la persona e invita al tratamiento jurídico reposado de las medidas que permitan la igualdad de trato, la protección es necesaria ante discriminaciones directas e indirectas que impiden la igualdad o la ponen en riesgo para lograr una real presencia de la persona con discapacidad en el empleo (proporcional a la población que representan). También se debe lidiar con la baja tasa de participación laboral del colectivo de discapacitados, algunas medidas se siguen perfilando como la recién arbitrada recomendación n° 18 del renovado pacto de Toledo de 2020, que incide en la necesidad de compatibilizar el trabajo de los discapacitados con las pensiones por incapacidad permanente (no es la primera vez que se dice). Las normas internacionales siguen preocupándose por la inclusión, integración y participación laboral de la persona con discapacidad tanto en el Pilar europeo de Derechos Sociales (2017) como en Declaraciones solemnes de la OIT (declaración del centenario 2019), sin embargo, ante la tozuda realidad la crisis sanitaria surgida en 2020 y 2021 de la enfermedad COVID-19 se ponen en peligro los avances, en favor de la participación de los discapacitados en el trabajo que (ya entonces y mucho antes de la pandemia) eran todavía tímidos.

La acomodación razonable es el mejor instrumento para combatir la discriminación, para eliminar las desventajas que en el mundo del trabajo sufren las personas con discapacidad, la consecución real de su integración en el empleo ordinario; de suyo implica una actuación, realizar la medida que hará posible el desarrollo del trabajo por el trabajador discapacitado, reclama la adaptación o la modificación para ajustar a las necesidades específicas de la persona el entorno (eliminando barreras) o la organización del trabajo (implantando medidas concretas, pautas de trabajo, reorganizando lo preexistente). No llevar a cabo las medidas que requiere en cada caso el ajuste razonable del puesto de trabajo, su incumplimiento, es una (grave) discriminación sancionable por el ordenamiento jurídico.

En nuestra modesta apreciación las acomodaciones son el elemento basilar para la consecución de la igualdad real en el empleo y la plena participación en la vida profesional de la persona con discapacidad, es el motor que permitirá hacer realidad las nobles pretensiones del modelo social de la discapacidad traspasando el modelo médico. Por ello, hay que leerlas como esenciales acciones para la integración laboral del trabajador discapacitado, nos atrevemos a calificarlas como las medidas más eficaces en la lucha contra la discriminación laboral de las personas con discapacidad. El ajuste razonable más que un deber que incumbe al empresario debe ser fijado como un derecho de la persona con discapacidad, hay que cambiar la perspectiva legal, se debe revisar su tratamiento en el derecho español poniendo más énfasis en su cumplimiento, en velar por la efectividad para que se realicen los ajustes razonables (lo que permite reformas concretas, al menos, en la normativa laboral, las leyes de empleo y de prevención de riesgos laborales así como en la Ley reguladora de infracciones y sanciones en el orden social).

Las medidas para prevenir o compensar las desventajas de las personas por discapacidad encuentran un freno excesivo para su implantación en la *carga excesiva*, este límite se puede convertir en rémora que impide la consecución del fin del ajuste razonable, tampoco atender a los costes económicos ayuda a la integración laboral de las personas con discapacidad si pesan más los aspectos de corte económico que los elementos jurídicos y el desarrollo laboral de la persona con discapacidad, si es verdaderamente excesiva la carga correspondería paliarla con ayudas públicas ponderando el derecho de la persona con discapacidad que se tutela y se debe garantizar. Hay espacio para arbitrar mejores resultados de los mecanismos de acomodación que contribuyan a la inclusión laboral y mantenimiento del empleo, que dejen de existir las barreras y los rescoldos organizativos impositivos de la plena igualdad y plena participación en el trabajo, que permitan a todos los empresarios –sin excepción– considerar como productivo el trabajo de la persona con discapacidad.

En ocasiones se confunde el ajuste razonable del puesto de trabajo con el apartamiento de la persona de manera que se le relega de sus funciones, se reducen las mismas, se le cambia de puesto de trabajo, e incluso se le degrada profesionalmente (por motivo de la discapacidad) o hasta incluso se le despide o el trabajador ve extinguido su

contrato de trabajo. Si bien los Acuerdos Sociales han colocado (en la década pasada y no tanto en los años veinte) en un puesto primordial la igualdad de trato y oportunidades de las personas con discapacidad, al descender a la mayoría de los convenios colectivos estos recogen tan sólo las que podríamos calificar como *medidas fáciles* como, por ejemplo, la movilidad funcional, reclasificación de la persona con discapacidad, determinados permisos incluso prolongados éstos en el tiempo, facilidades de reincorporación a la empresa tras la declaración de incapacidad o ciertos aspectos de salud y prevención de riesgos laborales pero, sin embargo los convenios colectivos (en su mayoría), no abordan las *acciones difíciles, las que son verdaderamente necesarias*, las que exigen implantar medidas y acomodaciones para que la persona discapacitada puede desde el primer día seguir desempeñando sus tareas, lo que es tan sencillo como proceder a eliminar las barreras, reorganizar el trabajo y sus pautas, por ello llamamos a la negociación colectiva para que atienda a la realidad de las personas con discapacidad con una mayor riqueza de contenidos en sus clausulados respecto de los ajustes razonables, para comenzar serviría recopilar ejemplos de buenas prácticas útiles para todos los negociadores que permitan facilitar el cumplimiento de la obligación de ajustes razonables y transformen la retraída integración laboral de las personas con discapacidad en las distintas empresas y sectores de actividad convirtiéndola en una realidad perceptible.

Por último, la reforma más relevante que entendemos es hoy inaplazable es aquella que logre un reconocimiento en el trabajo de las personas con discapacidad, proponemos abordar tal y como repite, nuevamente, el renovado Pacto de Toledo de 2020 las pasarelas entre las normas laborales y las normativas de protección social y de Seguridad Social evitando, en este caso, que la discapacidad protegida con prestaciones sociales económicas suponga a la postre medidas de expulsión laboral, unas veces, y casi siempre, de exclusión laboral de las personas con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER ESCRIG J. (2020), “Evolución jurisprudencial de la discriminación por asociación: contenido, límites y confrontación con la discriminación por razón de parentesco”, *Rev. Trabajo y Derecho* n° 69, La ley 10223/2020.
- ESTEBAN LEGARRETA R. (2017), “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”, *Rev. Trabajo y Derecho* n° 6.
- FERNÁNDEZ ORRICO F.J. (2017), “*Cuota de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario*”, *Rev. Española de Derecho del Trabajo*, n° 195.
- FERNÁNDEZ ORRICO F.J. (2017), *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite. Diagnóstico y propuestas*, Thomson- Reuters Aranzadi, Pamplona.
- GARCÍA HERRERA V. (2019), “Hacia el modelo social de la discapacidad: una reforma que está pero que nunca llega”, *Actualidad civil* n° 7 y 8, *versión electrónica LA LEY 9085/2019*.
- GARCÍA JIMÉNEZ M. (2020) “Discapacidad sobrevenida y exclusión laboral: una correlación precisada de urgentes vías de corrección”, *RTSS CEF* n° 446.
- GOÑI SEIN J.L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO B. (2015), *Adaptación y reubicación laboral de los trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi Thomson-Reuters, Pamplona.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS D. (2019), *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Bomarzo, Albacete.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS 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. Derecho de las Relaciones Laborales*, n° 3.
- KAHALE CARRILLO D. T. (2016), “La discapacidad en los convenios colectivos”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS C. (dir.) y otros: *El*

principio de igualdad en la negociación colectiva, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, colección Informes y Estudios.

LOUSADA AROCHENA J. F. (2020), "Reducción de jornada y adaptación del trabajo por motivos de conciliación en la doctrina judicial", *Rev. Trabajo y Derecho*, nº 70, La Ley 11566/2020.

MARTÍN HERNÁNDEZ M.L. (2020), "La consideración de los trabajadores especialmente sensible a determinados riesgos laborales como trabajadores discapacitados: supuestos y consecuencias", *Rev. Trabajo y Derecho* nº 66, La Ley 5537/2020.

MORENO SOLANA A. (2020), "La discapacidad y la especial sensibilidad: dos conceptos diferentes llamados a encontrarse tras la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Rev. Trabajo y Derecho*, nº 64, La Ley 3463/2020.

REY MARTÍNEZ F. (2019), *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters-Aranzadi Pamplona.

RUIZ SANTAMARÍA J.L. (2019), *Vacíos e insuficiencias en la protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.

SERRANO ARGÜELLO N. (2016), "La protección a los discapacitados en el trabajo: del perfeccionamiento legal a sus avances a través de la jurisprudencia comunitaria", en GUILARTE MARTÍN-CALLERO C. (dir.) y otros: *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.

Documentos consultados:

INFORME OLIVENZA 2019, sobre la situación general de la discapacidad en España.

OBSERVATORIO DE OCUPACIONES (2018): Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad. Datos de 2017.

OBSERVATORIO DE OCUPACIONES (2020): Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad. Datos 2019.