

LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES DEL PUESTO DE TRABAJO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano
*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*

Universidad Pública de Navarra

EXTRACTO

Palabras clave: Ajustes razonables, discapacidad, discriminación, extinción del contrato, incapacidad, ineptitud, absentismo.

Por medio de este artículo se pretende realizar un estudio del contenido y límites de la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad y de las consecuencias que implica en el ámbito laboral. Con este objetivo se analiza, en primer lugar, la virtualidad de la obligación de realizar ajustes razonables en la apreciación de posibles discriminaciones directas e indirectas de los trabajadores con discapacidad. Posteriormente, se trata de perfilar cuál puede ser el contenido de las medidas de ajuste y los límites justificados por su excesiva onerosidad. Por último, se analiza la regulación española en materia de suspensión del contrato por incapacidad y extinción en caso de incapacidad, ineptitud y absentismo y su posible incompatibilidad con la obligación de realizar ajustes razonables.

ABSTRACT

Key words: Reasonable adjustments, disability, discrimination, termination of contract, incapacity, incompetence, absenteeism

By means of this article intends to carry out a study of the content and limits of the obligation to make reasonable adjustments for disabled people and the consequences involved in the workplace. With this objective analyses firstly the virtuality of the obligation to make reasonable adjustments to the appreciation of possible direct and indirect discrimination of workers with disabilities. Subsequently, it's shaping what could be the content of adjustment measures and limits justified by its excessive onerous. Finally, the Spanish regulation relating to suspension of the contract he examines disability and extinction in case of inability, ineptness and absenteeism and its possible incompatibility with the obligation to make reasonable adjustments.

* Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto "La adaptación del puesto de trabajo y la reubicación de los trabajadores especialmente sensibles (Der 2012-37872)", que permitió el desarrollo de la investigación en el Centre for Disability Law and Policy de la Universidad de Galway, bajo la inestimable dirección del Prof. Gerard Quinn.

ÍNDICE

1. Introducción: La recepción en España del principio de ajustes razonables
2. Ámbito subjetivo de aplicación: La difícil delimitación del concepto de persona con discapacidad:
 - 2.1. Normativa europea
 - 2.2. Solución comparada
 - 2.3. El concepto de discapacidad en España
3. Implicaciones de la obligación de realizar ajustes razonables en el Marco del derecho antidiscriminatorio:
 - 3.1. La relación entre los ajustes razonables y la discriminación directa:
 - 3.1.1. Antecedentes: las consecuencias de la negativa a realizar ajustes razonables en las diversas normas
 - 3.1.2. La relevancia de los ajustes razonables en el establecimiento del término de comparación en la discriminación directa
 - 3.2. La relación entre los ajustes razonables y la discriminación indirecta:
 - 3.2.1. La premisa: situación de particular desventaja actual o futura
 - 3.3. La obligación de realizar ajustes razonables como medida antidiscriminatoria autónoma
4. Contenido y límites de la obligación de realizar ajustes razonables:
 - 4.1. Razonabilidad y carga excesiva
 - 4.2. Las medidas de ajuste razonable en el trabajo en el ordenamiento español:
 - 4.2.1. Régimen legal aplicable: la razonabilidad y la carga excesiva como principales parámetros
 - 4.2.2. Virtualidad de la normativa sobre modificación de las condiciones de trabajo en la realización del ajuste
 - 4.2.3. Contenido posible de las medidas de ajuste: especial referencia a la suspensión del contrato y la reubicación: La reubicación del trabajador y las medidas de acción positiva Suspensión del contrato y reserva del puesto de trabajo
5. La Legitimidad constitucional del despido del trabajador con discapacidad a la Luz de la obligación de realizar ajustes razonables:
 - 5.1. Ajustes razonables y extinción por incapacidad
 - 5.2. Ajustes razonables y despido por ineptitud
 - 5.3. Ajustes y despido por absentismo

1. INTRODUCCIÓN: LA RECEPCIÓN EN ESPAÑA DEL PRINCIPIO DE AJUSTES RAZONABLES

El concepto de ajuste razonable tiene su origen en los Estados Unidos, en la aprobación de la *Equal Employment Opportunity Act* de 1972. Inicialmente, el término circunscribió su campo de actuación al ámbito de la libertad religiosa y obligaba al empresario a adaptar algunas condiciones de trabajo referentes a jornada y horario, con el fin de que los trabajadores pudieran ejercitar su libertad religiosa. Posteriormente, la obligación de realizar ajustes razonables se extendió a otros ámbitos y, en particular, ha encontrado un campo adecuado de actuación en la garantía de los derechos de las personas con discapacidad, donde se ha erigido en un instrumento esencial en pos de la consecución de la igualdad sustancial.

La American Disability Act (ADA), aprobada en el año 1990, concretó esta obligación de realizar ajustes razonables en el ámbito de la discapacidad. De acuerdo con su redacción actual esta ley señala que los ajustes razonables pueden incluir la facilitación de las medidas de protección que usan el resto de los empleados a los trabajadores con discapacidad, la realización de reestructuraciones de trabajo, modificaciones de horarios, reubicaciones en vacantes, la adquisición de equipos o la adecuación de modificaciones en las pruebas o el sistema de formación (por ejemplo mediante la provisión de lectores o intérpretes)¹.

La obligación de realizar ajustes razonables no ha gozado en Europa de una tan larga tradición como en EE.UU. Desde un punto de vista normativo, la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, fue la primera norma en recogerlo expresamente. En su art. 5 contempla los ajustes razonables como una medida necesaria para garantizar la igualdad de trato; en concreto, señala que *A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.*

Las disposiciones de esta Directiva fueron transpuestas al ordenamiento español por medio de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre que reformó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos. Con carácter general, más allá del ámbito específico referido al empleo, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, recoge en su art. 7 a), entre las medidas contra la discriminación, la realización de ajustes razonables.

Ambos textos normativos han sido recientemente refundidos mediante el Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto

¹ Literalmente en la Sección 12111 señala que el término ajustes razonables incluye:

(A) making existing facilities used by employees readily accessible to and usable by individuals with disabilities; and

(B) job restructuring, part-time or modified work schedules, reassignment to a vacant position, acquisition or modification of equipment or devices, appropriate adjustment or modifications of examinations, training materials or policies, the provision of qualified readers or interpreters, and other similar accommodations for individuals with disabilities.

Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En su art. 2 m) de?ne los ajustes razonables como *las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.*

Posteriormente, el art. 63 señala que la no realización de un ajuste razonable supone una vulneración del principio de igualdad al igual que la discriminación directa e indirecta; en contrapartida, el art. 66 señala que el contenido de las medidas antidiscriminatorias podrá consistir en la prohibición de discriminaciones directas e indirectas y en la obligación de realizar ajustes razonables.

Completan las referencias a los ajustes razonables en el Decreto, las disposiciones específicas en materia de empleo. Al respecto, el art. 35 se limita a recoger con carácter general la prohibición de discriminación directa e indirecta. En la valoración de la discriminación indirecta entra en juego lo dispuesto en el art. 40 del Decreto, en virtud del cual *Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, 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 esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.* Este artículo parece recoger el concepto de ajustes razonables aplicado al ámbito laboral.

Entre el resto de países de la Unión Europea, sin duda, el Reino Unido es el que goza de una mayor tradición en la regulación de los ajustes razonables. Ya en el año 1995, la *Disability Discrimination Act*, recientemente integrada junto con otras normas antidiscriminatorias en la *Equality Act (2010)*, recogía el concepto de ajustes razonables. La configuración de esta obligación de realizar ajustes razonables y sus consecuencias en el Reino Unido, presentan algunas particularidades que la apartan, tal y como se verá, de la regulación que el derecho social europeo ha llevado a cabo².

El último hito trascendental en la regulación de los ajustes razonables lo marca la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 3 de mayo de 2008. El artí-

² Lawson, A.: *Disability and equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008.

culo 2 de esta Convención señala que se considerará discriminación por razón de discapacidad la no realización de los ajustes razonables; asimismo, de?ne ajustes razonables como las *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* Por «ajustes razonables» se entenderán las 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.

Esta Convención de las Naciones Unidas fue ratificada por la Unión Europea en el año 2011, por lo tanto, ha de ser tenida en cuenta a la hora de interpretar la normativa comunitaria, lo cual, como se verá, puede conllevar importantes consecuencias en la delimitación del concepto de persona con discapacidad.

Dos son las principales cuestiones que tradicionalmente ha suscitado la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables y que se han visto acrecentadas como consecuencia de la existencia de diversas normativas reguladoras. Por un lado, se han planteado dudas respecto del concepto mismo de ajuste razonable, esto es, se plantea cuándo ha de entenderse que una determinada medida para adaptar el puesto de trabajo a la persona con discapacidad ha de reputarse como ajustada y razonable y qué posibilidades tiene el empresario para negar una eventual negativa a su adopción. En segundo lugar, se ha planteado cuáles son las consecuencias de la negativa a la realización de ajustes razonables, la respuesta a esta cuestión no ha sido uniforme en las diferentes normas de referencia. Como se verá a continuación mientras en los Estados Unidos la negativa a la realización de ajustes razonables constituye en sí misma una causa de discriminación, en el Derecho de la Unión Europea solo parece tener relevancia como factor para calificar una discriminación como directa o indirecta.

2. ÁMBITO SUBJETIVO: LA IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD

Uno de los conceptos más difíciles de aprehender es sin duda el de discapacidad. El concepto se encuentra sometido a la propia evolución de la sociedad, y a las diferentes maneras de acercarse a la discapacidad. Esta movilidad

del concepto se observa claramente cuando desde una perspectiva histórica se constata cómo se ha evolucionado desde un modelo médico a un modelo social de discapacidad³. El modelo médico entiende la discapacidad como un déficit del individuo que limita el desarrollo de una vida normal y centra su objetivo en tratar de corregir ese déficit mediante la prevención y rehabilitación de la discapacidad. Frente al modelo médico, se sitúa el modelo social, fruto de un movimiento reivindicativo liderado por algunos grupos de personas con discapacidad. La esencia del modelo social radica en ver la discapacidad no como un problema del individuo, sino como una consecuencia de un entorno físico y social que no ha tenido en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad. Su objetivo, por tanto, se centra en eliminar esas barreras y obstáculos que impiden una participación plena de las personas con discapacidad.

Una de las consecuencias de esta evolución del concepto ha sido su ensanchamiento. Se ha tomado conciencia de la variedad de situaciones susceptibles de ser consideradas como discapacidad. Todo ello tiene como consecuencia una mayor difusión en la acotación del concepto, en el establecimiento de una frontera clara entre persona con discapacidad y persona plenamente capaz.

Esta evolución se observa claramente en las diversas redacciones de la Clasificación Internacional de la Deficiencia, la Discapacidad y la Minusvalía, elaborada por la OMS. En su versión de 1980, esta Clasificación pivotaba en torno a los conceptos de deficiencia, discapacidad y minusvalía; estos conceptos han sido sustituidos en la nueva clasificación por los de funciones y estructurales corporales y actividades-participación⁴. Se pretende con ello no centrar el foco de atención en la enfermedad y sus consecuencias, sino adoptar una perspectiva más amplia que tenga en cuenta todos los componentes de salud, tanto los relacionados con factores corporales, como los ambientales o sociales.

El objetivo perseguido por la clasificación elaborada por la OMS es emplear un lenguaje universal y estandarizado para describir la salud y los estados relacionados con ella. A pesar de este pretendido deseo de uniformidad, la traslación de este concepto de discapacidad en las diversas normas ha sido heterogénea. Las diversas legislaciones nacionales e internacionales han incorporado matices que hacen que el concepto de discapacidad sea variable y se sitúe en algunas ocasiones a medio camino entre el modelo médico y el social

³ De Asís, R.: *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013, págs. 16 y ss; De Lorenzo, R. y Palacios, A.: "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional", en AA. VV. (Laorden, J.): *Los derechos de las personas con discapacidad. Vol. I Aspectos jurídicos*, CGPJ, Madrid, 2007, págs. 5 y ss; Palacios, A.: *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.

⁴ OMS: Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la salud, pág. 3

2.1. Normativa europea

El legislador comunitario ha sido consciente de esta volatilidad del concepto de discapacidad y en la Directiva 2000/78 renunció a proporcionar una definición del mismo. Esta renuncia del legislador europeo a una definición uniforme del concepto no ha impedido que el tribunal entienda que el concepto discapacidad debía ser objeto de una interpretación uniforme para todos los países miembros. Así lo señaló el Tribunal en la sentencia de 11 de junio de 2006, asunto C- 13/05 (Chacón Navas), en la que se planteaba si la enfermedad podía equipararse a discapacidad. En una sentencia un tanto simplista, el Tribunal se limitó a señalar que no cabía equiparar automáticamente los conceptos de enfermedad y discapacidad.

La falta de precisión del legislador y del propio Tribunal abrió numerosos interrogantes sobre el concepto discapacidad que pronto se concretaron en el planteamiento de una nueva cuestión ante el Tribunal, que resolvió en la Sentencia de 11 de abril de 2013, asuntos 335/11 y 337/11 (HK Danmark). La cuestión tenía su origen en el despido de una trabajadora que sufría dolores crónicos de espalda debidos a una osteoartritis. Nuevamente el Tribunal debía trazar las fronteras que separaban la enfermedad de la discapacidad. El Tribunal nacional planteaba una serie de cuestiones sobre el origen y duración de una dolencia para que pueda considerarse discapacidad. Se planteaba en concreto si una enfermedad incurable o una enfermedad temporal podían ser consideradas como discapacidad.

El Tribunal tuvo que partir de un hito trascendental, la ratificación por la Unión de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, que se había producido tras la sentencia Chacón Navas, en el año 2011. Esta Convención contiene una definición en su art. 1 que ha de ser tenida en cuenta en la interpretación del derecho de la Unión. Según esta definición las personas con discapacidad incluyen a 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.

Se apuesta en la Convención por una definición amplia que en una primera aproximación podía chocar con la mantenida por el Tribunal de Justicia en el asunto Chacón. No obstante, el Tribunal se apresuró a recordar su pronunciamiento anterior en la sentencia Chacón Navas y a matizar que en dicha sentencia se había limitado a señalar que no cabe equiparar automáticamente enfermedad y discapacidad.

La cuestión es, por tanto, qué requisitos ha de reunir una enfermedad para ser considerada discapacidad. Con relación a la duración de la enfermedad, el Tribunal recuerda que la Convención exige que sea de larga duración, lo cual

implica que tengan cabida en la definición de discapacidad las enfermedades incurables, pero también las enfermedades curables que tengan una duración previsiblemente larga.

Pero más allá de estas precisiones sobre la relación entre enfermedad y discapacidad, el Tribunal aclara que no es determinante para considerar una dolencia como discapacidad que tenga su origen en una enfermedad, sino que lo esencial es que se trate de una limitación derivada de dolencias físicas o mentales y que suponga un obstáculo para la participación en la vida profesional.

2.2. Solución comparada

La falta de una definición en la Directiva 2000/78 de discapacidad ha propiciado la proliferación de definiciones con matices diferentes en cada estado miembro⁵. Ha habido países que al igual que el Tribunal de Justicia, exigen la concurrencia de tres elementos para considerar que se está ante una discapacidad. Exigen, en primer lugar, que exista una deficiencia entendida como una restricción o limitación, en segundo lugar que dicha deficiencia impida la participación plena en el empleo o en general en la vida diaria y, por último, que se prevea que pueda tener una larga duración.

En otros países, se ha optado por no recoger una definición general de discapacidad y remitirse a las definiciones recogidas en la normativa específica sobre protección social. Estas remisiones corren el riesgo de contradecir lo dispuesto en la Directiva, ya que se remiten a definiciones recogidas en normas que tienen como finalidad garantizar la protección social, recogen un concepto estricto de discapacidad.

Ha habido, por último, países que recogen dos definiciones diferentes de discapacidad. Una definición general que garantiza para las personas incluidas en su ámbito la prohibición de discriminación y otra más estricta que asegura la realización de ajustes razonables⁶.

Fuera del ámbito europeo, en un país como EE. UU., con una larga tradición en la protección de las personas con discapacidad frente a la discriminación, la ADA define discapacidad como la deficiencia mental o física que limita sustancialmente la participación del individuo en las principales actividades

⁵ Waddington, L. y Lawson, A.: *Disability and non-discrimination law in the European Union...*, op. cit, págs. 19 y ss.

⁶ Así ha ocurrido en Francia y en Alemania. Vid. respecto Francia: Kessler, F.: "¿Tendrá incidencia en el Derecho del Trabajo francés la nueva definición de discapacidad del derecho comunitario?", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, 11, 2007, págs. 377 y ss.

de la vida⁷. También aquí se exigen tres requisitos para considerar la existencia de una discapacidad: la existencia de una deficiencia, que limite el desarrollo de las principales actividades y que suponga una limitación sustancial⁸. Los problemas se presentan, a la hora de concretar el significado que ha de darse a conceptos tan indeterminados. En un esfuerzo por dar pautas que sirvan en la práctica para dar respuestas a las dudas que la variada casuística puede plantear, la propia normativa trata de aclarar tales conceptos. Con este objetivo, a la definición general de discapacidad le acompañan otras definiciones sobre qué ha de entenderse por actividades de la vida diaria y sobre funciones del cuerpo. De especial importancia son las orientaciones sobre cómo ha de interpretarse en la práctica el concepto de discapacidad. Con carácter general aclara que ha de realizarse una interpretación amplia de discapacidad. En cuanto al término limitación sustancial, señala que ha de interpretarse de forma acorde con los propósitos de la normativa y apunta que puede ser suficiente con la limitación de una actividad principal de la vida diaria. Asimismo aclara que también tienen la consideración de discapacidad una deficiencia episódica o que está remitiendo si cuando esta activa puede provocar una limitación sustancial. Por último, señala que la valoración de la discapacidad habrá de realizarse sin tener en cuenta los efectos correctores que puedan tener el uso de equipos de apoyo, de medicación, prótesis, etc., únicamente se excluye de estas medidas las gafas y las lentes de contacto cuyos efectos correctores sí que habrán de ser tenidos en cuenta antes de valorar la discapacidad.

Pero sin duda es en el caso del Reino Unido, otro país con una cierta tradición en la protección de la discapacidad, donde con mayor esfuerzo y de forma más acabada se ha acometido la tarea de concretar la definición sobre discapacidad recogida en la normativa de referencia (la *Equal Employment Act*) con una guía explicativa que trata de ofrecer pautas para ayudar a definir los elementos esenciales en torno a los cuales gira la definición de discapacidad. En el caso inglés la definición de discapacidad descansa en cuatro conceptos, por un lado exige la existencia de una deficiencia física o mental, que produzca limitaciones en las actividades de la vida diaria, que sean sustanciales y de

⁷ (A) a physical or mental impairment that substantially limits one or more major life activities of such individual;

^(B) a record of such an impairment; or

^(C) being regarded as having such an impairment (as described in paragraph (3)).

⁸ Núñez González, C.: "La discriminación por razón de minusvalía en el ordenamiento jurídico-laboral estadounidense", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*", abril-junio, 1995; págs. 139 y ss.

carácter duradero⁹. La guía explicativa aclara que por limitación sustancial ha de entenderse algo más que trivial, y pone como ejemplo una limitación que suponga que vestirse cueste más tiempo. Igualmente se define larga duración como una limitación que tiene efectos negativos durante doce meses.

2.3. El concepto de discapacidad en España

En nuestro país, hasta la reciente aprobación del Decreto Legislativo, la aproximación al concepto de discapacidad se ha acometido de forma fragmentada, dependiendo de la especificidad de cada norma.

Una de las primeras normas en afrontar esta cuestión fue la citada Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), su objetivo principal era facilitar la rehabilitación del minusválido y su integración en todos los ámbitos de la vida. Con este fin, preveía una serie de medidas para facilitar el acceso de los minusválidos a la educación y su participación en la vida laboral; no obstante, en su definición de minusválido partía de un enfoque eminentemente médico, así su art 7 señalaba que: *se entenderá por minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia previsiblemente permanente, de carácter congénito o no en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales*. El apartado 2 concretaba esta definición general señalando que: *El reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios previstos en esta Ley deberá ser efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multiprofesionales calificados*.

Con posterioridad a la LISMI, se aprobó la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de

⁹ (1) A person (P) has a disability if—
 (a) P has a physical or mental impairment, and
 (b) the impairment has a substantial and long-term adverse effect on P's ability to carry out normal day-to-day activities.
 (2) A reference to a disabled person is a reference to a person who has a disability.
 (3) In relation to the protected characteristic of disability—
 (a) a reference to a person who has a particular protected characteristic is a reference to a person who has a particular disability;
 (b) a reference to persons who share a protected characteristic is a reference to persons who have the same disability.
 (4) This Act (except Part 12 and section 190) applies in relation to a person who has had a disability as it applies in relation to a person who has the disability; accordingly (except in that Part and that section)—
 (a) a reference (however expressed) to a person who has a disability includes a reference to a person who has had the disability, and
 (b) a reference (however expressed) to a person who does not have a disability includes a reference to a person who has not had the disability.

las personas con discapacidad. Esta ley era una norma de derecho antidiscriminatorio, tenía un enfoque más general que el recogido en la LISMI, y perseguía fundamentalmente prohibir las conductas discriminatorias. No obstante, en su redacción original no recogió una definición general de discapacidad, sino que al igual que la LISMI se remitió al reconocimiento del grado de minusvalía reconocido según baremo. Así su art. 1 señalaba que *A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento.* Y aclaraba que automáticamente *se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.*

En la actualidad, el mencionado Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el vigente Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, recoge en su art. 4 una definición genérica, en virtud de la cual se consideran *personas con discapacidad* aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, *previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*

Esta definición general se completa, como habían hecho las normas anteriores, con un reconocimiento automático de la condición de discapacitado a las personas que tengan reconocida una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento y a los trabajadores que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente.

A la luz de esta regulación, cabe defender la vigencia en nuestro ordenamiento de un concepto amplio de discapacidad, recogido en el apartado 4.1, que extendería la protección del Texto Refundido en materia discriminatoria a todas las personas con algún tipo de limitación que les impida su participación en la vida social. El debate, al igual que en el resto de países europeos, se centra en saber cuándo una deficiencia supone una limitación a la participación en la vida social y, en particular, si determinadas situaciones de enfermedad pueden equipararse a la discapacidad.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia 62/2008, de 26 de mayo, se limitó a señalar que con carácter general la enfermedad no es equiparable a discapacidad; entendió el Tribunal que solo cuando por las particulares características de la enfermedad exista un elemento de segregación cabrá entender que ha existido discriminación. Esta primera aproximación de nuestro Tribunal quizás deba ser revisada a la luz de la doctrina sentada por el TJUE,

que ha extendido el concepto de discapacidad a situaciones de enfermedades crónicas que supongan limitaciones en la vida diaria. Esta interpretación permitirá ampliar la tutela antidiscriminatoria a un buen número de trabajadores que de otro modo sufrirían las drásticas consecuencias que en materia de extinción permite nuestro ordenamiento¹⁰.

3. IMPLICACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES EN EL MARCO DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

3.1. La relación entre los ajustes razonables y la discriminación directa

3.1.1. Antecedentes: las consecuencias de la negativa a realizar ajustes razonables en las diversas normas

Una de las cuestiones más debatidas en el momento de aprobación de la Directiva 200/78 fue si la negativa a la realización de ajustes razonables había de contemplarse como conducta discriminatoria. Durante los trabajos de preparación de la Directiva se discutió expresamente sobre la conveniencia de contemplar la negativa a realizar un ajuste como una forma de discriminación, aunque finalmente, por motivos de técnica legislativa se acabó desechando tal opción¹¹. El art. 5 contempla separadamente de las definiciones de discriminación directa e indirecta, la obligación de realizar ajustes razonables. Únicamente se relaciona expresamente la realización de ajustes razonables con la discriminación indirecta. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.2. b de la Directiva una medida aparentemente neutra que ocasione una desventaja a una persona por razón, entre otras causas, de su discapacidad constituirá discriminación indirecta salvo que se justifique su legitimidad y salvo que se deban adoptar medidas de ajuste razonable. La Directiva, por tanto, ha limitado la

¹⁰ Vid. al respecto: Carrizosa Prieto, E.: "La enfermedad del trabajador como causa de discriminación prohibida en el ámbito laboral", Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, disponible en AA.VV.: *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2014; Moreno Gené, J.: "Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo" Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, disponible en AA.VV.: *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2014.

¹¹ Quinn, G. y Flynn, E.: "Evolutions in antidiscrimination Law in Europe and North America: Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability", *The American Journal of Comparative Law*, 2012, vol. 60, pág. 11.

virtualidad de la obligación de realizar ajustes razonables a la apreciación de la discriminación indirecta¹².

En parecidos términos la regulación española define por un lado la obligación de realizar ajustes razonables y, posteriormente, define los conceptos de discriminación directa e indirecta. Al referirse específicamente a la discriminación en el ámbito del empleo, vuelve a precisar los conceptos de discriminación directa e indirecta y vincula la realización de ajuste razonable al descubrimiento de una posible discriminación indirecta.

El mismo debate mantenido durante los trabajos de elaboración de la Directiva Europea se reprodujo durante la preparación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aunque finalmente en este caso se contempló expresamente que la no adopción de medidas de ajuste razonable constituye una discriminación. En su art. 3 señala que por discriminación por motivos de discapacidad *se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.*

En otros países como Estados Unidos la regulación es similar a la de la Convención. La ADA en su sección 12112 aclara que la discriminación por razón de discapacidad incluye la no realización de ajustes razonables¹³.

En el Reino Unido, aun a riesgo de contradecir la normativa europea, la realización de ajustes razonables adquiere entidad propia y se contempla como una categoría diferente de la de discriminación directa e indirecta. De acuerdo con lo dispuesto en la sección 21 de la Equality Act 2010, la negativa a realizar

¹² Quin, G. y Flynn, E., op. ult. Cit., págs 12 y 13; EU Network of Independent Experts on Disability Discrimination: *Baseline Study Disability Discrimination Law in the EU Member States*, Nov. 2004, págs. 12 y ss.

¹³ Literalmente señala en su apartado b:

As used in subsection (a) of this section, the term "discriminate against a qualified individual on the basis of disability" includes

(A) not making reasonable accommodations to the known physical or mental limitations of an otherwise qualified individual with a disability who is an applicant or employee, unless such covered entity can demonstrate that the accommodation would impose an undue hardship on the operation of the business of such covered entity; or

(B) denying employment opportunities to a job applicant or employee who is an otherwise qualified individual with a disability, if such denial is based on the need of such covered entity to make reasonable accommodation to the physical or mental impairments of the employee or applicant.

Disponible en: <http://www.ada.gov/pubs/adastatute08.htm>

un ajuste razonable constituye discriminación¹⁴. el principio de ajustes razonables no adquiere relevancia, por tanto, como elemento para identificar una discriminación, sino que tiene trascendencia en sí mismo.

La cuestión que surge es si a la luz de la normativa europea, para reclamar por la no realización de un ajuste razonable, es necesario reconducir la conducta a las categorías tradicionales de discriminación directa o indirecta o si, por el contrario, el rechazo al ajuste puede constituir en sí mismo una medida discriminatoria. Es decir, se plantea si de acuerdo con el Derecho social europeo y español, el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables solo tiene relevancia en el ámbito de la discriminación directa e indirecta y, en su caso, si este juego de la obligación de realizar ajuste razonable como parte del juicio de discriminación es suficiente para enjuiciar todas las posibles conductas que supongan un rechazo injustificado a la realización de ajustes razonables. Como se verá a continuación, las definiciones de discriminación directa e indirecta recogidas en la Directiva permiten que la realización de ajustes razonables juegue un papel preponderante en la apreciación de situaciones de discriminación directa e indirecta. La cuestión es si en la práctica se pueden presentar situaciones en las que no sea posible reconducir la negativa a la realización de ajustes razonables a las tradicionales categorías de discriminación, y sea, por tanto, conveniente darle autonomía propia al rechazo a la realización de ajustes y considerarlo en sí mismo discriminatorio.

3.2.2. La relevancia de los ajustes razonables en el establecimiento del término de comparación en la discriminación directa

El art. 35.3 del Decreto Legislativo 1/2013, siguiendo lo establecido por la Directiva Europea, entiende que existe discriminación *cuando una persona con discapacidad sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su discapacidad*.

Ninguna referencia se hace a la obligación de realizar ajustes razonables. Una interpretación estricta, ajustada a la literalidad del precepto, podría llevar a la conclusión de que la obligación de realizar ajustes razonables no tiene relevancia alguna en la apreciación de una discriminación directa; de tal manera que la posibilidad de realizar ajustes razonables no debería ser tomada en consideración a la hora de identificar una situación de discriminación directa. En el ámbito concreto de la discapacidad, esta interpretación estricta implicaría que para valorar si una persona con discapacidad está en una situación comparable respecto de otra sin discapacidad, no se tendría en cuenta el efecto que los

¹⁴ Textualmente, el apartado 2 de la sección 21 advierte:

(2) A discriminates against a disabled person if A fails to comply with that duty in relation to that person

Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>

ajustes razonables pueden tener en la situación de la persona con discapacidad. Esta es la interpretación que parece derivarse de la regulación contenida en el Reino Unido¹⁵.

En el fondo de esta interpretación sobrevuelan las distintas aproximaciones al concepto de discriminación directa y la opción que se tome en la determinación del elemento de comparación. En una interpretación estricta, la apreciación de la discriminación directa requiere comparar dos situaciones idénticas y demostrar que la diferencia de trato tiene su origen en alguna de las causas de discriminación prohibidas. De acuerdo con ello, en el caso de una persona con discapacidad, sería necesario comparar su situación con la de otra que no tiene esa discapacidad y que tiene las mismas condiciones y habilidades que la persona discapacitada. Se trata de encontrar como término de comparación a alguien que, salvo la concreta discapacidad, se encuentra en situación idéntica¹⁶. Además, en la comparación entre las dos personas no se tendrían en cuenta los efectos favorables que para la posición de la persona discapacitada tendría la adopción de medidas de ajuste razonable. De acuerdo con esta interpretación, la discriminación directa se reserva para aquellos supuestos en los que la discapacidad y no otras circunstancias relacionadas con las habilidades de la persona discapacitada, es la única causa de la diferencia de trato. La discriminación directa, así entendida, persigue como único fin asegurar la igualdad formal, por eso, también en la normativa anglosajona la discriminación directa no admite justificación alguna, se compensa así la rigidez con la que se interpreta el concepto de discriminación directa¹⁷.

No parece, sin embargo, que ésta sea la interpretación más acorde con la finalidad perseguida por la Directiva Europea. La propia exposición de motivos de la Directiva, aunque sin referirse expresamente a la discriminación directa, parece reconocer la existencia de una relación entre el principio de ajuste razonable y la discriminación por razón de discapacidad cuando señala que *La adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad*.

Por otro lado, en un supuesto con características similares como es el de

¹⁵ Vid.: Lawson, A.: *Disability and equality...*, op. cit., págs. 154 y 155; Waddington, L y Hendriks, A.: "The expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination", *The International Journal of Comparative and Industrial Relations*, Winter, 2002, págs. 424 y ss. No obstante, hay autores también en este país que abogan por otra interpretación: Mc Colgan, A.: "Cracking the Comparator Problem: Discrimination, "Equal" Treatment and the Role of Comparisons", *European Human Rights Law Review*, 2006, pág. 250 y ss.

¹⁶ Lawson, A.: *Disability and equality...*, op. cit., pág. 149, *Employment Equality Law*, págs. 340 y 341.

¹⁷ *Ibidem*, págs. 153 y 154.

la discriminación por razón de sexo, el TJUE ha flexibilizado la interpretación del concepto de discriminación directa y ha entendido que un tratamiento diferente motivado por el embarazo constituye, en todo caso, una discriminación directa por razón de sexo. Y en el ámbito específico de la discapacidad también parece inclinarse por esta postura al señalar en su sentencia de 11 de abril de 2013 (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11) que: *La prohibición de discriminación por motivos de discapacidad recogida en los artículos 2, apartado 1 y 3 de la Directiva se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifica por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible*

En definitiva, la adopción, como elemento de comparación, de la situación de una persona sin tener en cuenta las consecuencias de la realización de ajustes razonables, supone colocar a esa persona en una desigualdad de partida, ya que se están tomando en cuenta sus peores condiciones físicas o psíquicas. En estos casos la discriminación directa no acontece por tratar de forma desigual dos situaciones idénticas, sino precisamente por impedir la real valoración de las aptitudes de una persona con discapacidad¹⁸. Piénsese qué ocurriría si durante la realización de un test de selección no se le permitiera a una persona hipermétrope utilizar sus gafas de graduación, se le estaría impidiendo demostrar sus aptitudes en condiciones de igualdad con la persona que no tiene problemas de visión. Lo mismo ocurre cuando en la valoración de la persona con discapacidad no se tienen en cuenta las mayores posibilidades de actuación que tiene si se realizan los necesarios ajustes. En el fondo de esta posición subyace todavía un modelo médico de discapacidad que ve en las limitaciones de la persona con discapacidad una cuestión de carácter individual y no social.

3.3. La relación entre los ajustes razonables y la discriminación indirecta

En el caso de la discriminación indirecta, el art. 2.2 b) de la Directiva 2000/78 ha contemplado expresamente el papel que puede desempeñar la realización de ajustes razonables en su identificación. De acuerdo con la definición

¹⁸ Barberá, M.: "Le discriminazione basate sulla disabilità", AA.VV. (Barberá, M.): *Il nuovo Diritto Antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milán, 2007, págs. 103 y 104. En general el término de comparación resulta cada vez menos importante, e incluso en el Derecho Social Europeo cabe la comparación con elementos hipotéticos: Barberá, M.: "Introduzione. Il nuovo Diritto Antidiscriminatorio: innovazione e continuità", en AA.VV. (Barberá, M.): *Il Nuovo...*, op. cit., págs. XXXII y XXXIII. En contra: Waddington, L y Hendriks, A.: "The expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From direct and Indirect Discrimination to...", op. cit., págs. 423 y ss. IZZI, C.: "Discriminazione senza comparazione?. Appunti sulle Direttive Comunitarie di seconda generazione", *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 99/100, 2003, págs. 423 y ss.

de la Directiva, la apreciación de la discriminación indirecta requiere la existencia de una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pero que ocasionan una desventaja particular a personas con discapacidad. La Directiva contempla la posibilidad de justificar dicha discriminación porque exista una finalidad legítima, no obstante, en la apreciación de dicha finalidad legítima habrá de tenerse en cuenta que los medios sean adecuados y necesarios y que el empresario tenga obligación de realizar ajustes razonables.

3.3.1. *La premisa: situación de particular desventaja actual o futura*

Como es sabido, el concepto de discriminación indirecta es uno de los más efectivos para garantizar la igualdad sustancial, con su prohibición se pretende poner fin a aquellas exigencias que perjudican desproporcionadamente a alguno de los colectivos tradicionalmente discriminados. A través de la prohibición de este tipo de discriminación se pretenden remover prácticas asentadas en la vida diaria que sin intención alguna provocan efectos discriminatorios para algunos colectivos¹⁹.

Desde su definición en la doctrina de los Tribunales americanos, el concepto de discriminación indirecta ha ido evolucionando y relajando algunos de sus requisitos. La definición contenida en la Directiva europea constituye un buen exponente de esta flexibilización, que persigue facilitar la prueba de la discriminación.

Uno de los aspectos que más dificultades entrañaba para la prueba de la discriminación indirecta era el referido a la prueba estadística de los efectos desproporcionados. De acuerdo con la nueva Directiva ya no parece necesaria la prueba numérica de que la medida afecta a un número sustancial de personas pertenecientes a un grupo, basta la prueba de que se ha provocado o se puede provocar una desventaja particular a personas con una discapacidad²⁰. Por otro lado, el comparador se establecía tradicionalmente por referencia al grupo opuesto, por ejemplo, en el ámbito de la discriminación por razón de sexo se comparaba el impacto de una medida en las mujeres estableciendo como comparador su impacto en los hombres; en el ámbito de la discapacidad, la Directiva no ha precisado si la comparación debe realizarse respecto de personas sin discapacidad o cabe también establecer comparaciones entre personas con diferentes tipos de discapacidad (física o mental, por ejemplo)²¹. Además, en

¹⁹ Valdés Dal Ré, F.: "Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación" en AA.VV. (dir.: Valdés Dal Ré, F. y Quintanilla Navarro, B.): *Igualdad de género y relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, págs. 19 y ss.

²⁰ Fredman, D.: "Equality: A New Generation?", *Industrial Law Journal*, núm. 2, Junio, 2001, págs. 161 y 162.

²¹ Barberá, M.: "Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario", *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 99/100, 2003, págs. 411 y ss. Waddington, L y Hendriks, A.: "The expanding concept of...", op. cit., pág. 425.

esta línea de flexibilización, la Directiva ha señalado que la desventaja puede ser actual o futura, es decir, bastaría la prueba de que la medida teóricamente discriminatoria puede en un futuro colocar a las personas con discapacidad en situación de desventaja. Por último, la Directiva habla de una situación de desventaja particular, no es necesario, por tanto, que la medida haga imposible para la persona con discapacidad cumplir los requisitos requeridos, sino que basta con que la coloque en una situación de desventaja.

Como puede observarse, esta definición de la discriminación indirecta desborda los contornos tradicionales del concepto²². La principal consecuencia es que ya no será necesario probar que la medida aparentemente neutra perjudica a las personas que pertenecen a un determinado grupo, sino que basta con probar que dicha medida aparentemente neutra tiene un impacto negativo sobre una determinada persona por alguna de las causas prohibidas de discriminación. Esta flexibilización del concepto de discriminación indirecta diluye las fronteras tradicionales entre discriminación directa e indirecta²³. Piénsese en el supuesto de que se exija un determinado requisito profesional para acceder a un puesto de trabajo, habría discriminación directa cuando un trabajador discapacitado no es contratado debido a que no reúne dicho requisito porque no se han realizado los ajustes razonables, pero también podría abordarse como un caso de discriminación indirecta; desde este punto de vista, sería necesario probar que la exigencia de tal requisito tiene un efecto desproporcionado para los trabajadores con discapacidad y que no se puede justificar.

En suma, por tanto, la Directiva ha facilitado la prueba de que una medida constituye una discriminación indirecta. No obstante, la propia Directiva contempla una doble excepción, y señala que una disposición constituirá discriminación indirecta salvo que: pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios. Y añade una segunda excepción en los siguientes términos: *respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto*

²² Así, Barberá, M.: "Eguaglianza e differenza...", op. cit., págs. 411 y 412. Entienden, por el contrario, que simplemente se ha flexibilizado la prueba de la discriminación: Izzì, D.: "Discriminazione senza comparazione?...", op. cit., pág. 423 y ss. Skidmore, P.: "EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-discrimination Policy?", *International Law Journal*, vol. 30, 2001, págs. 126 y ss. Considera que todavía es necesaria la referencia al grupo: Ballester Pastor, M. A.: "Las Directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico (2000/43) y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (2000/78)" en A.A.VV. (dir.: Salinas Molina, F. y Moliner Tamborero, G.): *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial, 2005, págs. 322 y 323.

²³ Barnard, C. y Hepple, B.: "Substantive Equality" *The Cambridge Law Journal*, vol. 59, 2000, pág. 568.

en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

Por tanto, la Directiva permite justificar este tipo de discriminación cuando se pruebe que la medida persigue una finalidad legítima y que los medios para conseguirla son adecuados y necesarios. Pero, nuevamente, en el ámbito de la discapacidad, la Directiva da un paso más y señala que la medida discriminatoria no se justificará, incluso cuando persiga un fin legítimo, si el empresario está obligado a adoptar una medida de ajuste razonable que neutralizara los efectos discriminatorios de la medida en cuestión.

Es una novedad que una norma discriminatoria contemple la obligación de realizar ajustes razonables como una excepción a la justificación de una posible discriminación indirecta. En otros ordenamientos no se ha previsto así, por ejemplo la ADA americana o la DDA británica no contienen referencia alguna al papel que la obligación de realizar ajustes razonables puede jugar en la justificación de la discriminación indirecta. Quizás por esa falta de referencia expresa algunos autores han advertido que detrás de buena parte de las medidas tradicionalmente calificadas como discriminación indirecta se encuentra el rechazo del empresario a realizar ajustes razonables.²⁴

En el caso del derecho europeo la Directiva ha despejado las posibles dudas y ha señalado expresamente que la obligación de realizar ajustes razonables impide justificar una medida constitutiva de discriminación indirecta. Esta referencia expresa al ajuste razonable hubiera facilitado la prueba de la discriminación en casos como el *Office of the Civil Service and Local Appointments Commissioners v Gorry*, planteado ante el Tribunal Laboral de Irlanda (Labour Court) en un momento en el que todavía no estaba vigente la Directiva. En este supuesto se debatía sobre el carácter discriminatorio de la exigencia de que los aspirantes a un empleo estuvieran en posesión de un título de inglés. El demandante que era disléxico consideró que suponía una discriminación indirecta ya que la mayoría de las personas con dicha enfermedad no estaban en condiciones de pasar ese test. El Tribunal entendió que dicho requerimiento estaba justificado, pero no se detuvo a analizar la posibilidad de exigir ajustes razonables para que las personas con discapacidad puedan acceder a la realización de dichos tests²⁵.

La definición de discriminación indirecta de la Directiva ha planteado una última cuestión sobre la relación de prioridad que puede establecerse entre

²⁴ Vid.: Jolls, C.: "Antidiscrimination and accommodation", *Harvard Law Review*, núm. 115, 2001-2002, págs. 651 y ss; Stein, M.: "Same struggle, different difference: ADA Accommodations as Antidiscrimination", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, 2004, págs. 586 y ss.

²⁵ Bolguer, M., Bruton, C., Kimber, C.: *Employment Equality Law*, Round Hall Publication, Dublín, 2012, págs. 345 y ss

la prueba de la discriminación y el ajuste. Se ha planteado si la obligación de realizar ajustes razonables desplaza la necesidad de que la medida discriminatoria esté justificada²⁶. Es decir, si ante una medida constitutiva de discriminación indirecta basta con realizar el ajuste razonable para salvar su legalidad. No parece que esta interpretación sea la más adecuada atendiendo a la literalidad y a los objetivos perseguidos con la prohibición de discriminación indirecta. A pesar de que la Directiva ha optado por una definición de discriminación indirecta que atiende a la incidencia en cada persona, no puede olvidarse que con la prohibición de discriminación indirecta se persigue la eliminación de las situaciones de desventaja que puede provocar una determinada medida en un grupo; si se permitiera la vigencia de la medida con la condición de que se haga un ajuste razonable de carácter individual, se eliminaría el impacto discriminatorio de dicha medida para un individuo pero continuarían los efectos perjudiciales para otros sujetos.

3.4. La obligación de realizar ajustes razonables como medida antidiscriminatoria autónoma

Los amplios términos en los que la Directiva ha formulado los conceptos de discriminación directa e indirecta facilitan que la negativa al ajuste se equipare a la discriminación.

No obstante, en la práctica resulta más fácil probar que la negativa a la realización del ajuste no tiene justificación que probar el impacto discriminatorio de una medida y su corrección mediante la realización de ajustes razonables. Por otro lado, cabe plantearse si se pueden presentar situaciones en las que no sea fácil reconducir la negativa a realizar el ajuste razonable a las categorías tradicionales de discriminación directa o indirecta.

En el ámbito interno, tampoco queda claro cuáles son las consecuencias de la negativa a realizar ajustes. Al respecto el art. 66 del Texto Refundido señala que las medidas contra la discriminación podrán consistir en la prohibición de conductas discriminatorias y en la exigencia de realizar ajustes razonables; por lo tanto, la realización de ajustes es una medida antidiscriminatoria luego, en principio, su no realización será constitutiva de discriminación. Hubiera sido deseable, no obstante, que se hubiera aprovechado la elaboración del Texto Refundido para considerar discriminatoria la negativa a realizar ajustes.

La integración de este aparente vacío se ha producido en buena medida gracias a la ratificación por Europa del Convenio Europeo de los derechos de las personas con discapacidad. En lo referido a los ajustes razonables, como

²⁶ Whittle, R.: "The Framework directive for equal treatment in employment", *European Law Review*, núm. 27, 2002, págs. 310 y 311. BARBERÁ, M.: "Le discriminazioni...", op. cit., pág. 99.

se ha visto, el Convenio prevé expresamente que el rechazo a su realización constituye una forma de discriminación.

Más allá aún, cabe plantearse si el ajuste razonable tiene virtualidad fuera del ámbito del derecho antidiscriminatorio y no es solo una técnica para evitar conductas discriminatorias, sino que puede ser entendido como parte del contenido esencial de ciertos derechos en la medida en que ayuda a garantizarlos²⁷. Tal y como se viene observando, en nuestro ordenamiento la técnica del ajuste razonable solo se ha reconocido expresamente para las personas con discapacidad pero sus orígenes se relacionan también con la necesidad de garantizar el ejercicio de la libertad religiosa a colectivos minoritarios y no cabe duda de que el ajuste razonable puede ser una técnica de gran eficacia para garantizar el ejercicio de otros derechos como la conciliación, la educación, etc.

4. CONTENIDO Y LÍMITES DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES

4.1. Razonabilidad y carga excesiva

La Directiva europea señala que los ajustes han de ser razonables y que no han de suponer una carga excesiva para el empresario. A la luz de esta definición surge la duda de qué significado habrá de darse a la palabra razonable. Respecto de qué ha de considerarse razonable la Directiva no arroja demasiada luz, en su exposición de motivos se limita a señalar que es preciso arbitrar medidas adecuadas, eficaces y prácticas y ejemplifica algunas de ellas. Algo más precisa es la Directiva en la definición del término carga excesiva, al respecto señala el art. 5 que no se considerará excesiva una medida cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del *Estado miembro sobre discapacidades*. En la exposición de motivos apunta entre los factores que han de tomarse en consideración para determinar si una medida da lugar a una carga desproporcionada, el tamaño de la empresa, los recursos financieros y el volumen de negocios, la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

La apertura con que la Directiva ha tratado la definición del ajuste razonable y la carga excesiva ha propiciado diversas interpretaciones que se han plas-

²⁷ De Asís, R.: *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 120. Vid. del mismo autor: "Sobre el concepto de accesibilidad universal", Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2007, págs. 17 y ss. De Asís, R., Aiello, A.I., Barri?, F., Campoy, I., Palacios, A.: "La accesibilidad universal en el marco constitucional español", *Derechos y Libertades*, núm. 16, Época II, 2007, págs. 57 y ss.

mado en las correspondientes normas internas²⁸. En una primera aproximación, se ha identificado el término razonabilidad con eficacia de las medidas. Es decir se ha entendido que una medida es razonable si resulta adecuada para garantizar la participación de la persona con discapacidad en el empleo. En una segunda interpretación, se ha vinculado el término razonabilidad a cuestiones económicas y se ha entendido que una medida es razonable si no impone excesivas dificultades económicas o costes al empresario. Por último, algunas normas han considerado que para que una medida sea razonable ha de reunir ambos requisitos, ser eficaz y no suponer un coste o inconveniente excesivo²⁹.

En medio de esta variedad de definiciones en torno a la razonabilidad, irrumpe el concepto de carga excesiva. Tal y como se ha visto, de acuerdo con la Directiva, en todo caso la medida de ajuste no ha de suponer una carga excesiva; la cuestión que se plantea es si la carga excesiva opera como una excepción autónoma e independiente al carácter razonable de la medida o si, por el contrario, la carga excesiva ha de ser tomada en consideración para calificar una medida como razonable. Se puede decir que en la transposición de la Directiva se han dado tantos modelos como posibilidades ofrece la interpretación de la norma. Así, por ejemplo, en el caso alemán, se exige que la medida sea razonable, no suponga un coste excesivo y no vulnere la normativa de seguridad y salud. En el caso Finlandés se exige que la medida sea razonable, entendiéndose que esto ocurre cuando el coste no es excesivo, no implica cambios desproporcionados en el lugar de trabajo y se respetan las exigencias de seguridad y salud, ahora bien, en este país no se recoge referencia alguna a la carga excesiva como causa que puede justificar la no adopción de la medida. Entre ambos modelos se sitúa el español, que exige que el ajuste sea razonable, en el sentido de efectivo, pero además vincula la definición de razonable a la de carga excesiva. De acuerdo con el art. 2 m): *ajustes razonables son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida cuando se requieran en*

²⁸ Waddington, L. y Lawson, A.: *Disability and non-discrimination law in the European Union*. An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field. European Commission, jul. 2009, págs. 6 y 7 y 26 y ss. Vid. también: Waddington, L.: "Implementing the Disability Provisions of the Framework", en AA.VV. (ed.: Lawson, A. y Gooding, C.): *Disability Rights in Europe. From theory to Practice*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2005, págs. 126 y ss. Waddington, L.: "When it is Reasonable for Europeans to be confused: Understanding when a disability accommodation is "reasonable" from a Comparative perspective", *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2008, vol. 29, págs.

²⁹ Con anterioridad a la aprobación de la Directiva, en EE.UU. y en Canadá se plantearon también diversas interpretaciones del concepto ajustes razonables. Vid., al respecto: De Campos Velho Martel, L.: "Ajuste Razonable: Un Nuevo Concepto de una Gramática Constitucional Inclusiva", *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 14, págs. , disponible en http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo14.php?artigo=14,artigo_05.htm

un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación de las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos.

Por lo tanto, para que una medida sea considerada razonable es necesario, en primer lugar, que sea necesaria y adecuada, eficaz y práctica para facilitar la accesibilidad y participación y, en segundo lugar, que no suponga una carga desproporcionada. La concreción de qué deba entenderse por carga desproporcionada no se recoge en esta definición, sin embargo, en el art. 40.2 del Texto Refundido, que vuelve a referirse a estas medidas de ajuste pero concretadas en el ámbito del empleo, el legislador señala que el empresario está obligado a *adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa (...) salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario*; y añade en el segundo párrafo que *para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa*.

Por lo tanto, en España, un empresario vendrá obligado a adoptar una medida de adaptación del puesto de trabajo si dicha medida se demuestra adecuada para garantizar el acceso y permanencia en el empleo a una persona con discapacidad y si no es una carga excesiva. El concepto de carga excesiva no es un concepto estático ni uniforme para todo tipo de empresa porque para determinar si concurre tal carga habrá de atenderse, por un lado, al coste de la medida, por otro lado, a la existencia de ayudas externas y, por último, a la propia capacidad y entidad de la empresa. De tal manera que una determinada medida podrá calificarse como razonable para una gran empresa porque atendiendo a sus circunstancias no suponga un coste razonable y, en cambio, puede no ser razonable su exigencia en una pequeña empresa.

En otro orden de cosas y aunque haya pasado un tanto desapercibido, la nueva regulación contenida en el Texto Refundido ha sustituido el juicio de proporcionalidad por el de carga excesiva. La anterior Ley 51/2003, de 2 de diciembre, objeto de refundición, permitía justificar la no adopción de la medida cuando supusiera una carga desproporcionada teniendo en cuenta los costes, los efectos discriminatorios, la estructura y características de la entidad y la financiación externa. Esta referencia permitía introducir un juicio de proporcionalidad que ponía en relación el coste de la medida y los efectos discriminatorios, de manera que medidas con un alto coste podían ser consideradas proporcionadas si permitían neutralizar una barrera con gran impacto discriminatorio. También a la inversa, medidas con un coste no tan alto podían considerarse desproporcionadas dependiendo del tamaño y características de la entidad.

4.2. Las medidas de ajuste razonable en el trabajo en el ordenamiento español

4.2.1. Régimen legal aplicable: la razonabilidad y la carga excesiva como principales parámetros

Una vez detectada la necesidad de realizar un ajuste, los únicos límites a su realización son su razonabilidad y que no suponga una carga excesiva. La Directiva no contiene una referencia detallada a las posibles medidas de ajuste, la única mención al respecto se encuentra en el apartado veinte de su exposición de motivos, que a título ejemplificativo apunta entre las medidas de ajuste la adaptación de las instalaciones, equipamientos y pautas de trabajo y la asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre.

Tampoco el legislador español se ha detenido a enumerar las posibles medidas de ajuste que se puede ver obligado a adoptar el empresario. La manifestación normativa más parecida a la realización de ajustes razonables se encuentra en la normativa de prevención de riesgos laborales que recoge el principio de adaptación del trabajo a la persona y la consiguiente obligación del empresario de adaptar el trabajo a las especiales características del trabajador. Ahora bien, esta normativa tiene un carácter preventivo, su finalidad no es facilitar la participación y permanencia en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad sino garantizar la seguridad y la salud.

Junto a esta normativa preventiva, la normativa laboral y de seguridad social ha contemplado tradicionalmente medidas tendentes a proteger al trabajador cuando por razón de salud no puede hacer frente a las obligaciones del puesto. La medida más común es la suspensión del contrato durante los períodos de enfermedad. También, con carácter restringido a las personas con algún tipo de incapacidad para el trabajo, el RD 1451/1983, de 11 de mayo, ha reconocido el derecho a la reincorporación a la empresa cuando recuperen su capacidad profesional.

Atendiendo a esta parca regulación el único límite en la determinación de las medidas de ajuste lo representa su eventual carga excesiva. Con carácter general, por tanto, las posibles medidas de ajuste variarán desde las más sencillas, consistentes en la realización de ajustes técnicos y variaciones de horario y jornada hasta las más complejas (en el sentido de que pueden implicar una mayor carga para el empresario) como, por ejemplo, las adaptaciones de tipo organizativo, cambio de funciones, e incluso la reubicación. La cuestión es en qué supuestos se considerará que supone una carga excesiva y qué papel juega la normativa laboral y de seguridad social en la determinación del ajuste razonable.

Especiales problemas se pueden plantear cuando las medidas de ajuste implican un cambio en las condiciones de trabajo o una reubicación del traba-

jador que puede acarrear efectos perjudiciales. Se plantea si han de aplicarse a estos supuestos de ajuste razonable las normas generales sobre modificación de las condiciones de trabajo y movilidad geográfica y funcional contempladas en los artículos 39, 40 y 41 del Estatuto. Por ello, como paso previo, antes de analizar el contenido posible de las medidas de ajuste, es menester aclarar cuál es el papel que desempeña esta normativa genérica en su determinación.

4.2.2. Virtualidad de la normativa sobre modificación de las condiciones de trabajo en la realización del ajuste

Los artículos 39, 40 y 41 ET recogen el procedimiento que debe seguirse para el cambio de funciones con carácter temporal, para la movilidad geográfica y para la modificación sustancial de condiciones de trabajo como el horario, jornada o funciones del puesto. Como requisito previo, el empresario que desee proceder a realizar tales cambios debe acreditar la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. Esta exigencia causal se completa con la previsión de diferentes garantías para proteger los derechos del trabajador.

Así, en el caso de que el empresario proceda a la movilidad funcional extraordinaria, fuera del grupo profesional del trabajador, el art. 39 ET contempla, en primer lugar, un límite temporal, solo se permite el desarrollo de funciones de otro grupo por el tiempo imprescindible y si se realizan funciones del grupo superior durante más de tres meses en un periodo superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años, el trabajador tendrá derecho al ascenso; en segundo lugar, el art. 39 prevé que con independencia de las funciones que realice, el trabajador tendrá derecho a mantener sus retribuciones originarias si son superiores a las del puesto de trabajo.

En el caso de que el empresario desee realizar una modificación de funciones de carácter definitivo, o una modificación sustancial de la jornada u horario, el art. 41 ET prevé un procedimiento específico que requiere la comunicación al trabajador con quince días de antelación. Como garantía adicional, permite al trabajador rescindir el contrato con derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario, en caso de que la modificación afecte a la jornada, horario, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo a turnos o funciones, y resulte perjudicado por ella.

Por su parte, el art. 40 del Estatuto recoge el procedimiento que debe seguirse para proceder a la movilidad geográfica del trabajador. También en este caso se exige que concurren razones económicas, organizativas, técnicas o de producción que lo justifiquen y se permite al trabajador que no desea el traslado rescindir su contrato con la indemnización de 20 días.

Tal y como puede observarse en el caso de la normativa genérica sobre movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo, el

objetivo perseguido es salvaguardar un espacio mínimo de protección al trabajador ante la adopción por el empresario de medidas de ajuste. Se trata, en definitiva de conjugar, por un lado, el interés empresarial en la adopción de medidas que permitan obtener una posición más competitiva y, por otro, el interés del trabajador en que sus condiciones de trabajo no se vean perjudicadas.

Por el contrario, en el caso de la normativa para garantizar el mantenimiento en el empleo de las personas con discapacidad sobrevinida el objetivo fundamental es permitir la continuidad de esa persona en el trabajo, bien sea en su puesto de trabajo, bien en otro acorde con su capacidad, incluso aunque su rendimiento sea inferior. En estos casos los intereses que es preciso coordinar son, por un lado, los del empresario que debe admitir una disminución del rendimiento y los del trabajador en el mantenimiento del empleo y del salario³⁰.

Desde esta perspectiva, no parece que pueda extenderse la aplicación del régimen general previsto en los artículos 39 y 41 ET a supuestos como el de la realización de ajustes razonables. Ello es así porque detrás de la realización de estos ajustes no se encuentran necesidades objetivas de la empresa, sino la obligación de realizar ajustes razonables impuesta por la normativa con el único objetivo de facilitar la participación de los trabajadores con discapacidad en el mercado laboral³¹. Por otro lado, es preciso valorar si las garantías recogidas en dichos artículos no suponen una carga excesiva para el empresario que podría llevar a justificar la negativa al ajuste. Tal y como se ha visto, de acuerdo con el art. 39 ET, si el empresario lleva a cabo un cambio temporal de funciones el trabajador tiene derecho a la retribución correspondiente a las funciones que realiza, siempre que sea superior a las del puesto de origen, por otro lado, de acuerdo con el art. 41 ET, cuando la modificación sustancial de condiciones como jornada u horario resulte perjudicial para el trabajador, se le reconoce un derecho a rescindir el contrato con una indemnización de 20 días.

Ahora bien, la no aplicabilidad de este régimen general en materia de modificaciones de jornada no puede significar que el trabajador discapacitado se encuentre a merced del empresario en la realización del ajuste. Dicho de otro modo, la necesidad de realizar un ajuste razonable no puede servir de excusa

³⁰ En el caso de los trabajadores especialmente sensibles, se ha considerado aplicable el régimen general previsto para modificar sustancialmente las condiciones de trabajo: López Ahumada, J.E.: *Los trabajadores especialmente sensibles...*, op. cit., págs. 153 y ss; Cos Egea, M.: "Los trabajadores especialmente sensibles...", op. cit., pág. 10. En sentido contrario: Esteban Legarreta, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., págs. 371 y 372.

³¹ Se ha planteado si los ajustes razonables se puede equiparar a las causas organizativas aunque acaba desechando esta posibilidad: Esteban Legarreta, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibidem, Madrid, 1999, pág. 377. Considera que la falta de aptitud es una causa con entidad propia, diferente de las previstas en el art. 41 ET que persiguen la mejora de la posición en el mercado de la empresa: López Ahumada, J.E.: *Los trabajadores especialmente...*, op. cit., pág. 167.

para alterar cualquier condición de trabajo. Los problemas se pueden plantear cuando existan varias medidas de ajuste posible. Por ejemplo, puede ocurrir que sean eficaces para garantizar la permanencia en el empleo del trabajador la adaptación de horario y jornada, pero también el cambio de funciones o incluso la movilidad geográfica. La cuestión en estos casos es cuál de las medidas de ajuste primará y si habrán de tenerse en cuenta los posibles perjuicios que para el trabajador conlleven las medidas.

La definición legal impone dos límites al ajuste que sea razonable y que no suponga carga excesiva. Estos dos límites parecen salvaguardar únicamente el interés empresarial en la medida en que sirven para determinar cuándo el empresario se ve exonerado de la obligación de realizar ajustes. Ahora bien, desde la perspectiva del trabajador, si una determinada medida de ajuste es eficaz y no supone carga excesiva para el empresario, no parece que el empresario pueda negarse a su adopción. Por eso, por ejemplo, en el caso de que el trabajador prefería una medida de adaptación del horario y, sin embargo, el empresario prefería una medida de cambio de funciones, será el empresario el que deba probar que la medida de ajuste preferida por el trabajador no resulta razonable y supone una carga excesiva.

4.2.3. Contenido posible de las medidas de ajuste: especial referencia a la suspensión del contrato y la reubicación

El legislador español no ha recogido expresamente un elenco de las posibles medidas de ajuste razonable que puede verse obligado a adoptar el empresario. No ha ocurrido lo mismo en EE.UU o en el Reino Unido, donde la normativa sobre ajustes razonables de las personas con discapacidad se ha completado con una guía de las posibles medidas de ajuste. Estas medidas engloban desde las adaptaciones de tipo técnico como puede ser la dotación de teclados o pantallas especiales hasta las adaptaciones de tipo organizativo como pueden ser la realización de cambios en el horario o jornada, el cambio de funciones o la reubicación del trabajador.

La falta de previsión expresa en el ordenamiento español de las posibles medidas de ajuste no es obstáculo para que cualquiera de las medidas de ajuste apuntadas pueda ser exigida al empresario. El único límite de estas medidas lo representa su carácter irrazonable o que supongan una carga excesiva.

En general, tal y como se ha apuntado anteriormente, lo normal será exigir en primer lugar, las medidas que entrañan menos variaciones en el diseño y organización del puesto de trabajo, como por ejemplo los ajustes técnicos y, si estos ajustes no son viables cabría exigir la realización de otros ajustes organizativos como los cambios de horario, jornada o funciones. En todos los casos habrá de valorarse la eficacia del ajuste, su razonabilidad y si supone una carga excesiva.

Problemas particulares plantean la suspensión del contrato y la reubicación del trabajador como medida de ajuste.

a) La reubicación del trabajador y las medidas de acción positiva

No hay duda de que la reubicación del trabajador con discapacidad en un puesto acorde con sus capacidades es una de las posibles medidas de ajuste razonable. Nuevamente habrá que valorar la razonabilidad de la reubicación y que no suponga una carga excesiva al empresario. Atendiendo a estos parámetros resulta claro que no podrá exigirse al empresario la provisión de un puesto de trabajo nuevo, sino que solo cabrá la reubicación en caso de que efectivamente exista una vacante.

Pero, al margen de lo anterior, los principales problemas se presentan cuando la reubicación del trabajador suponga una preferencia del trabajador con discapacidad respecto de otros en el acceso a un determinado puesto o en la promoción. La cuestión en estos casos pasa por determinar si la necesidad de realizar el ajuste razonable puede anteponerse a los derechos de promoción de otros trabajadores, incluso cuando el trabajador con discapacidad tenga menos méritos para el puesto. El conÁicto ya se ha planteado en derecho norteamericano y los tribunales no han adoptado una postura clara al respecto³².

El principal obstáculo para dar prioridad a la reubicación del trabajador con discapacidad, incluso aunque existan trabajadores con mejor cualificación, lo representa la posible vulneración del derecho a la igualdad. Este tipo de preferencias en la reubicación del trabajador con discapacidad determina que las medidas de ajuste razonable se conviertan en medidas de acción positiva³³.

Con carácter general la propia Directiva y legislación española han admitido la realización de medidas de acción positiva. El art. 40 del Texto Refundido señala expresamente que *el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad*. Por su parte, la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, dedica un artículo a la regulación de la acción positiva y medidas específicas y señala expresamente que *Por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros (...), ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral*.

No queda claro si entre estas medidas tienen cabida la preferencia en la reubicación del trabajador con discapacidad. Estas dudas vienen motivadas

³² Befort, S.f.: "The most difficult ADA reasonable accommodation issues: reassignment and leave of absence", *Wake Forest Law Review*, núm. 37, 2002, pág. 439; Dorsey, N.a.: "Mandatory reassignment under the ADA: the circuit split and need for a socio-political understanding of disability", *Cornell Law Review*, núm. 94, 2009, págs. 443 y ss.

³³ Lawson, A.: *Disability and equality law...*, op. cit., págs. 225 y ss.

por la estricta interpretación que el TJUE ha mantenido en torno a las medidas de acción positiva a favor de las mujeres. El TJUE, en sus pronunciamientos Marshall y Kalanke³⁴ restringió la potencialidad de las medidas que otorgaban preferencia a la mujer respecto del hombre, al señalar que solo tendrían cabida cuando los dos candidatos al puesto tuvieran igualdad de méritos.

Se puede dudar, por ello, si esta interpretación estricta es extrapolable a las medidas de acción positiva para las personas con discapacidad y puede llevar a impedir la reubicación como ajuste en el supuesto de que otro trabajador sin discapacidad reúna más méritos.

Si se prescinde de la polémica interpretación del TJUE, lo cierto es que desde la óptica del derecho interno existen argumentos suficientes para defender la validez de las medidas de acción positiva que postergan al candidato no discapacitado. Ello es así, porque el propio Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en su art. 42, obliga a reservar un 2% de los puestos de empresas públicas o privadas a trabajadores con discapacidad. Se trata en este caso de una medida de acción positiva en el acceso al empleo que da preferencia al candidato con discapacidad, parece por tanto, que con mayor razón habrá que conceder dicha preferencia cuando se trate de una simple reubicación.

b) Suspensión del contrato y reserva del puesto de trabajo

Otra posible medida de ajuste razonable puede consistir en el reconocimiento de permisos o incluso en la posibilidad de suspender el contrato. Esta medida de ajuste será particularmente eficaz cuando la discapacidad tenga su origen en enfermedades que requieren periodos de cura, o que dan lugar a brotes puntuales que impiden el desempeño del trabajo.

El ordenamiento español ya reconoce en su artículo 45.1 c del ET, entre las causas de suspensión del contrato la incapacidad temporal. Tradicionalmente esta causa de suspensión se ha ligado a la prestación correspondiente de Seguridad Social prevista en los artículos 128 y ss LGSS. De acuerdo con esta regulación, el trabajador tiene derecho a recibir la prestación de incapacidad temporal durante un máximo de 365 días prorrogables por otros 180 días.

Los problemas se plantearán cuando el trabajador agote el periodo de prestación por incapacidad temporal, no se encuentre en condiciones de volver a trabajar y a pesar de ello no se le haya reconocido la incapacidad permanente. Desde un punto de vista estricto, se entiende que el alta médica obliga al trabajador a su inmediata reincorporación, ahora bien, en alguna ocasión los tribunales han admitido que se prorrogue la suspensión del contrato cuando el trabajador haya recurrido el alta y acredite ante el empresario su indisponibilidad para trabajar. Se trata, no obstante, de una solución incierta y que además

³⁴ SSTJUE de 2 de agosto de 1993 (asunto C-271/91) y de 17 de octubre de 1995 (asunto C-450/93)

se limita a los supuestos en los que el alta esté recurrida. Siguen sin resolverse los supuestos en los que al trabajador no se le haya reconocido la incapacidad permanente pero por motivos de enfermedad no pueda incorporarse a trabajar.

Antes incluso de que se reconociese el derecho al ajuste razonable, se apuntó como posible solución optar por una interpretación amplia del art. 45 ET, que permitiera admitir la enfermedad como causa de suspensión del contrato³⁵. Con el reconocimiento expreso del derecho al ajuste razonable, la suspensión del contrato se puede considerar una medida más de ajuste razonable que desborda los estrictos términos en los que está configurada legalmente la incapacidad temporal. El único límite a este reconocimiento de la suspensión se hallaría una vez más en que no constituya una carga excesiva.

Una medida menos onerosa para el empresario puede consistir en reconocer un derecho del trabajador con discapacidad a la reincorporación en el momento en que hubiera vacante, en línea con lo ya previsto por el RD 1451/1983, de 11 de mayo, para los trabajadores a los que se les ha reconocido algún tipo de incapacidad. El art 1.2 de este Decreto, prevé la posibilidad de reincorporación al puesto de trabajo originario si en el plazo de tres años el trabajador declarado en situación de IPP recobra su capacidad. Por otro lado, el art. 2 en el supuesto de que el trabajador haya sido declarado en situación de IPT, se le reconoce un derecho a la preferencia para su readmisión en la última empresa en la que han trabajado, en caso de que recuperen totalmente la capacidad laboral. También en el caso de que la recuperación sea solo parcial se reconoce dicho derecho pero se condiciona a la existencia de una vacante adecuada a su capacidad residual.

Por esta opción apuesta también el CERMI, que, entre sus propuestas para mejorar el empleo de las personas con discapacidad³⁶, ha recogido la ampliación a cuatro años del derecho de suspensión del contrato durante un periodo de cuatro años antes de proceder a la extinción.

5. LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES

La incorporación al ordenamiento español de la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad, se ha realizado sin to-

³⁵ Esteban Legarreta, R.: *Contrato de trabajo...*, op. cit., págs. 387 y ss.

³⁶ *Propuestas normativas con rango de ley derivadas del desarrollo de la estrategia global y del plan de acción para el empleo de personas con discapacidad, para su inclusión en el proyecto de ley de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas*, disponible en <http://boletin.cermi.es/noticia.aspx?noticia=611>

mar conciencia real de las implicaciones que suponía en el régimen vigente en materia de modificaciones de contrato y sobre todo en materia de extinción contractual.

Como se verá a continuación, la regulación española en materia de extinción contractual ha optado por un modelo drástico en el que la incapacidad, la falta de aptitud para el trabajo o la acumulación de un determinado número de faltas de asistencia justifican, sin más, la extinción del contrato. Esta regulación afecta con carácter general a aquellos trabajadores a los que se les haya reconocido una incapacidad permanente, a los trabajadores que no sean aptos para el trabajo o a los trabajadores absentistas, ahora bien, conviene tener presente que entre estos trabajadores puede haber algunos que tengan la condición de discapacitado, lo cual exigiría al empresario la puesta en práctica de medidas de ajuste, como la reubicación, antes de proceder a la extinción del contrato.

5.1. Ajustes razonables y extinción por incapacidad

El art. 49.1 e) ET contempla como causa de extinción del contrato, la incapacidad permanente total o absoluta y la gran invalidez. De acuerdo con la interpretación jurisprudencial, el reconocimiento de la incapacidad en alguno de dichos grados permite la extinción automática del contrato sin que el empresario deba llevar a cabo ninguna prueba adicional.

Solo en los casos en los que, a juicio del órgano calificador, se prevea la posible recuperación del trabajador, el art. 48.2 ET, permite una suspensión del contrato por un tiempo máximo de dos años con el objeto de permitir la reincorporación del trabajador. En el resto de los supuestos la solución acogida por el Estatuto de los Trabajadores resulta drástica, en el sentido de que no obliga al empresario a valorar una posible reubicación del trabajador acorde con sus capacidades.

Esta regulación del Estatuto puede resultar incompatible con la obligación de realizar ajustes razonables, ya que desecha automáticamente la reubicación como medida de ajuste sin atender a su razonabilidad y viabilidad en los supuestos en los que la capacidad residual del trabajador todavía permita su continuidad en la empresa, aunque sea realizando otras funciones.

La declaración de incapacidad permanente en el grado de total requiere la comprobación de que el trabajador no es apto para la realización de las funciones propias de su grupo profesional, luego se entiende que el trabajador podría realizar funciones propias de otros grupos profesionales. Solo el reconocimiento de la incapacidad absoluta o gran invalidez comporta que el trabajador no puede realizar ninguna de las funciones del grupo.

Se puede observar, por tanto, que en la propia definición de incapacidad permanente total se reconoce implícitamente la capacidad del trabajador para el desempeño de algunas funciones propias de otro grupo.

Se ha discutido si en el origen de la extinción por incapacidad se encuentra la imposibilidad del trabajador para el desempeño de las funciones del puesto o la excesiva onerosidad que supondría para el empresario el mantenimiento en el empleo de un trabajador con capacidad reducida. La primera posibilidad, la de la imposibilidad, supone un acercamiento muy riguroso al objeto del contrato de trabajo, limitándolo al originariamente pactado y sin atender a las tendencias actuales de flexibilidad en la organización funcional en la empresa. Por otro lado, esta aproximación parte de una óptica puramente contractualista que olvida las implicaciones que la tutela antidiscriminatoria impone y, en concreto, obvia que la garantía de la igualdad material requiere la realización de ajustes, también en las funciones pactadas en el contrato, siempre que sean razonables³⁷.

Una interpretación coherente del concepto de incapacidad permanente y la obligación de realizar ajustes razonables, debería llevar a exigir una valoración de la posible reubicación del trabajador en otro puesto acorde con la capacidad del trabajador, atendiendo también a las características y posibilidades reales de la empresa.

En este punto la razonabilidad de la medida y, sobre todo, la valoración de si supone una carga económica excesiva para el empresario se va a erigir en la clave para determinar cuándo la extinción está justificada debido a que el mantenimiento en el empleo del trabajador supone una carga excesiva para el empresario.

La solución adoptada por el Estatuto, en cuanto autoriza una extinción automática del contrato de trabajo sin más valoraciones, corre el riesgo de ser considerada una medida discriminatoria porque obvia cualquier valoración sobre la razonabilidad de la reubicación³⁸.

En la práctica, la aplicación de esta opción tan estricta del Estatuto puede derivar en situaciones difícilmente justificables. Sumamente ilustradores resultan los supuestos en los que durante el tiempo en que el trabajador está a la espera de la declaración de incapacidad se produce una recolocación transitoria. En estos casos es habitual que, una vez obtenida la incapacidad permanente total, el trabajador reclame el derecho a permanecer en el nuevo destino. Los

³⁷ Esteban Legarreta, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., págs. 415 y 416.

³⁸ Esteban Legarreta, R.: *Contrato de trabajo...*, op. cit., págs. 422 y 423. Goñi Sein, J.I.: "La ineptitud del trabajador como causa de despido", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 11, 1982, págs. 430 y 431; Cordero Gordillo, V.: *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 262 y ss; Pastor Martínez, A.: "El deber de adaptación de las condiciones de trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de trabajo", Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, disponible en AA.VV.: *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2014, págs. 8 y ss.

tribunales vienen entendiendo que no existe tal derecho ya que se trata de una solución transitoria que no supone una novación contractual (STSJ, Castilla La Manca, de 4 de diciembre de 2003, AS 204/612) salvo supuestos excepcionales como el resuelto en la STSJ (Comunidad Valenciana) de 18 de mayo (AS 2000/4343), donde la recolocación se alargó durante ocho años. La aplicación de la obligación de realizar ajustes razonables debiera haber llevado a valorar en estos casos, no la existencia de una novación contractual, sino si la conversión en definitiva de esa reubicación transitoria podía considerarse una medida razonable de ajuste y, por tanto, obligatoria.

A la luz de todo lo expuesto es preciso reconsiderar la legitimidad constitucional del régimen estatutario de extinción por incapacidad por cuanto no deja margen alguno a la valoración de la reubicación del trabajador incapacitado.

5.2. Ajustes razonables y despido por ineptitud

En los supuestos en los que el trabajador no tiene reconocida la prestación de incapacidad permanente total pero, aun y todo, no reúne las aptitudes físicas o mentales que el trabajo requiere, el empresario puede proceder a la extinción objetiva del contrato por ineptitud sobrevenida. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, para justificar la ineptitud como causa de extinción del contrato ha de probarse que por un motivo no imputable al trabajador éste no resulta apto para su trabajo habitual. La STS de 2 de abril de 1990 (RJ 1990/3094) señala que el concepto de ineptitud se refiere a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo- rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración etc. Entre estos motivos tradicionalmente se han apuntado como causa de ineptitud la pérdida de una cualificación profesional necesaria para desempeñar el trabajo, la pérdida de habilidad para realizar el trabajo y la imposibilidad física o psíquica de realizar su trabajo³⁹.

La previa denegación del reconocimiento de la IPT no ha planteado problemas para entender que concurría la falta de aptitud necesaria para extinguir el contrato por ineptitud. Se entiende que no existe contradicción alguna, puesto que en el caso de la incapacidad se toma en consideración la capacidad para realizar las funciones propias del grupo, mientras que para apreciar la ineptitud sobrevenida se tienen en cuenta las concretas funciones del puesto de trabajo. Muy ilustrativa resulta la STSJ (País Vasco) de 6 de mayo de 1997 (AS 1997/1647) la cual advierte que la IPT *se hace tomando en consideración la profesión que se desempeña, lo que no es equivalente al concreto puesto*

³⁹ Esteban Legarreta, R.: *Contrato de trabajo...*, op. cit., págs. 454 y ss; Sagardoy Bengoechea, J. A.: "Ineptitud, despido y desempleo", *Revista de Política Social*, núm. 89, 1971, pág. 15.

*de trabajo que se ocupa en un momento determinado (...). Por tanto, resulta compatible la declaración de no afecto de invalidez permanente en grado alguno con la existencia de déficit de salud que impidan a un trabajador realizar parte de las tareas de un concreto puesto de trabajo e incluso de todas ellas.*⁴⁰

Al amparo de esta regulación legal y de la correspondiente aplicación jurisprudencial cabe concluir que sería posible despedir a una persona con discapacidad sobrevenida, cuando dicha discapacidad le impidiera realizar las funciones esenciales de su puesto de trabajo. El legislador opta por una solución drástica que no deja margen alguno para la valoración de la posible realización de ajustes razonables.

La rigurosidad de la opción tomada por el legislador, ha sido matizada en algunos recientes pronunciamientos jurisprudenciales que apuestan por poner en relación la ineptitud con el ejercicio de la profesión habitual entendida en el sentido expresado por la STS de 17 de enero de 1989 (RJ 1989/259) no solo como la coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador esté cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional. Así, por ejemplo, la STSJ (Castilla-La Mancha) de 22 de febrero de 2007 (JUR 2007/120928) en un supuesto en que como consecuencia de un accidente el trabajador no resultaba apto para continuar las funciones de carretillero, entendió que la empresa disponía de otros puestos de trabajo de la misma categoría como operarios de reparación de cajas y técnicas de laboratorio y, en consecuencia, consideró improcedente la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida.

En la misma línea la STSJ (Madrid) de 3 de julio de 2009 (JUR 2009/342041) entiende que *la ineptitud a valorar en el trabajador se pondere en función de su categoría profesional, en los términos regulados en el art. 22 ET y las posibilidades reales de empleo que pueda tener la empresa en función de su plantilla, porque sólo de este modo se puede saber si es posible la aplicación efectiva del régimen de equivalencias que contiene el apdo. 3 de este art. 22 ET*. En el supuesto enjuiciado por esta sentencia se valoraba la ineptitud de un trabajador, operario de la construcción, afecto de epilepsia para trabajar en su puesto de voladuras de piedra. Entiende la sentencia que habían de tomarse en consideración las características de la plantilla de la empresa y la posible existencia de otros puestos acordes con la categoría del trabajador, por ello, concluye que no era procedente el despido por ineptitud⁴¹.

⁴⁰ En igual sentido se pronuncian: STSJ (Cataluña) de 16 de junio (AS 2003/2606); STSJ (Galicia) de 15 de octubre de 1999 (AS 1999/2967); STSJ (Cantabria) de 27 de noviembre (AS 2002/223); TSJ (Canarias) de 9 de julio (AS 1996/2563); STSJ (Asturias) de 18 de diciembre (AS 2010/201); STSJ (Madrid) de 29 de mayo (AS 2001/2283).

⁴¹ Recientemente en idéntico sentido: SSTSJ (Madrid) de 14 de enero de 2013 (AS 2013/694) y (Cataluña) de 25 de enero de 2013 (JUR2013/9172).

Se observa, por tanto, como por vía de interpretación de los requisitos legales se abre paso una interpretación de la falta de aptitud que atiende a las posibilidades de reubicación del trabajador⁴². Pero, sin necesidad de recurrir a estos esfuerzos interpretativos, cabe plantearse si la obligación de realizar ajustes razonables puede aconsejar una revisión de la interpretación de esta causa de extinción que exija la valoración de la ineptitud del trabajador no solo para las funciones habituales del puesto, sino para todas aquellas funciones del grupo y que, en consecuencia, tenga en consideración las posibilidades de reubicación dentro del grupo.

No acaban aquí, sin embargo, las implicaciones de la obligación de realizar ajustes razonables en el entendimiento de la ineptitud como causa de despido. La obligación de realizar ajustes razonables exige que antes de proceder al despido del trabajador se valore su aptitud para desempeñar otro puesto de trabajo en la empresa, incluso, aunque no se corresponda con su grupo profesional. Existe, por lo tanto, un auténtico derecho del trabajador con discapacidad a que se valore la razonabilidad de un cambio de puesto de trabajo, incluso en otro grupo profesional⁴³.

5.3. Ajustes y despido por absentismo

El absentismo del trabajador puede también justificar la extinción del contrato cuando, de acuerdo con lo previsto en el art. 52 d) ET, el trabajador acumule un 20 % de faltas intermitentes en dos meses consecutivos, incluso justicadas, siempre que el total de faltas alcance el cinco por ciento en los doce meses anteriores; igualmente, cabrá el despido del trabajador cuando haya acumulado un 25% de faltas en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. Quedan excluidas del cómputo como faltas de asistencia, entre otras, las debidas a enfermedad o accidente que tengan una duración de más de veinte días y las que tengan su origen en cáncer o enfermedad grave⁴⁴.

Por lo tanto, en virtud de esta causa de extinción sería posible despedir a un trabajador que por motivo de su discapacidad acumula ausencias reiteradas al trabajo. Se ha olvidado nuevamente la virtualidad que pueda tener la apli-

⁴² Pastor Martínez, A.: "El deber de adaptación de las condiciones de trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de trabajo", op. cit., págs. 12 y ss.

⁴³ Vid. al respecto las propuestas del Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad (CERMI) recogidas en el documento: *Discapacidad sobrevenida e inclusión laboral: documento de posición y propuestas del CERMI estatal*, marzo 2012, disponible en http://www.feafes.org/publicaciones/Discapacidad_sobrevenida_inclusion_laboral.pdf

⁴⁴ Moreno Gené, J.: "La nueva configuración de la extinción del contrato por absentismo del trabajador tras la Ley 3/2012" en AA.VV. (Romero Burillo, A. y Moreno Gené, J.): *La gestión del absentismo laboral. Impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 159 y ss.

cación del principio de ajuste razonable. Tal y como se ha visto anteriormente, entre el contenido posible de las medidas de ajuste se encuentra la reubicación, pero antes incluso de acudir a la recolocación del trabajador es posible plantearse medidas alternativas menos gravosas como el reconocimiento de permisos especiales, o incluso la suspensión del contrato sin necesidad de acudir al régimen de la incapacidad temporal.

En lo que aquí interesa la cuestión es si este reconocimiento de permisos especiales de ausencia al trabajador es compatible con la posibilidad de extinguir el contrato por absentismo. El motivo que justifica la introducción del absentismo como causa de extinción del contrato es la excesiva onerosidad que supone para el empresario la intermitencia de las faltas del trabajador. Desde este punto de vista, en el caso de ausencias reiteradas de un trabajador con discapacidad, habrá que analizar la legitimidad constitucional de la extinción del contrato atendiendo a si la medida de ajuste supone una carga excesiva⁴⁵. Es decir, habría de valorarse en cada caso atendiendo a las características de la empresa si, efectivamente, esas ausencias reiteradas, suponen una carga excesiva. La consecuencia es que en los casos de trabajadores con discapacidad la obligación de realizar ajustes razonables aconseja que no se realice una aplicación automática de la causa extintiva del art. 52 d) ET y que examine en cada caso si efectivamente el número de faltas del trabajador supone una carga excesiva⁴⁶.

⁴⁵ Más allá aun, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013 (JUR 2013/311901) entiende que ni siquiera es posible aplicar la extinción por absentismo en un supuesto en que las ausencias tienen su origen en una enfermedad de larga duración. El Juzgado, con base en la extensión del concepto de discapacidad realizado por la STJUE de 11 de abril de 2013, concluye que una enfermedad de larga duración sufrida por el trabajador debe asimilarse a la discapacidad y concluye que el despido por absentismo en tal caso es nulo debido a que vulnera la prohibición de discriminación contenida en la Directiva 2000/78.

⁴⁶ Los problemas se siguen presentando en el caso de que la enfermedad que origina las ausencias del trabajador no se equipare a discapacidad. Vid. ampliamente sobre esta cuestión y sobre las posibles soluciones la ya citada comunicación de: Moreno Gené, J.: "Los derechos fundamentales inspeccionados como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo".