



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

Facultad de Derecho

Departament de Dret Públic i Ciències Historicojurídiques

TESIS DOCTORAL

**LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES
RAZONABLES EN EL PUESTO DE TRABAJO
PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ORIGEN,
EVOLUCIÓN Y CONFIGURACIÓN ACTUAL.
UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO
COMPARADO Y EL DERECHO ESPAÑOL**

DAVID GUTIÉRREZ COLOMINAS

Director: Dr. Ricardo Esteban Legarreta

Barcelona, 2018

TESIS DOCTORAL

**LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES EN EL PUESTO DE
TRABAJO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ORIGEN, EVOLUCIÓN Y
CONFIGURACIÓN ACTUAL.
UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO COMPARADO Y EL DERECHO
ESPAÑOL**

Autor: **David Gutiérrez Colominas**

Director: **Ricardo Esteban Legarreta**

Programa de Doctorado en Derecho

Departament de Ciències Historicojurídiques

Universidad Autónoma de Barcelona

2018

Firma del autor.

Firma del director.

Para Mònica, Sergio, José Luis y Montse,
a los que tanto tiempo les ha robado esta obra.

AGRADECIMIENTOS

La realización de esta tesis no hubiera sido posible sin el apoyo y la confianza de todas aquellas personas que han formado parte del proceso de su elaboración.

Ello incluye:

- A los compañeros y compañeras profesores/as del area de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona, y en especial, a mi director, el Dr. Ricardo Esteban Legarreta, que me abrió las puertas a trabajar en la Universidad y me ha brindado su apoyo y energía a lo largo de estos últimos cuatro años.
- A las profesoras Lisa Waddington, Marie Cecile Amaugger-Lattes e Isabelle Desbarats, cuya supervisión y acogida en el marco de las estancias de investigación realizadas en el *Maastricht Centre of European Law (MCEL)* y en el *Centre des Droits des affaires (CDA)*, fue excelente.
- A Josep María Bombuy Giménez, por tener la inmensa suerte de cruzarme en su camino en el año 2005, y ofrecerme la posibilidad de cambiar mi vida profesional.
- A Juan Carlos Iturri, Joan Agustí, Macarena Martínez y Miguel Angel Purcalla, que me han prestado todo su apoyo y confianza a lo largo de estos años, y cuya labor profesional ha sido crucial para la realización de esta obra.
- A Mònica, que me ha acompañado emocionalmente a lo largo de estos años, ofreciéndome su apoyo incondicional en los momentos más difíciles.
- A mi hermano, Sergio, y a mis padres, José Luis y Montse, que siempre me han animado a continuar con esta aventura intelectual.

ABREVIATURAS UTILIZADAS	10
RESUMEN	15
ABSTRACT	17
INTRODUCCIÓN: METODOLOGÍA Y PLANTEAMIENTO DE LA OBRA	19
CAPÍTULO 1: UNA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA DISCAPACIDAD: LOS MODELOS DE TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD	25
1.1. Modelo de prescindencia	27
1.2. Modelo médico o rehabilitador	29
1.3. Modelo social	33
1.4. Nuevos paradigmas en el tratamiento de la discapacidad.....	40
1.4.1. Modelo de derechos humanos	40
1.4.2. Modelo de la diversidad funcional	42
CAPÍTULO 2: EL TRATAMIENTO INTERNACIONAL DE LA DISCAPACIDAD	45
2.1. La evolución terminológica del concepto “discapacidad”	46
2.2. Organización Mundial de la Salud	48
2.2.1. La Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías	49
2.2.2. La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud	53
2.3. Asamblea General de las Naciones Unidas.....	60
2.3.1. Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (I): 1948-1993.....	61
2.3.2. Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (II): 1994-2005.....	71
2.3.3. Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (III): 2006-2018.....	81
2.4. Organización Internacional del Trabajo	95
2.4.1. Convenios y Recomendaciones adoptados durante el periodo 1945 – 1959	96

2.4.2. Convenios y Recomendaciones adoptados durante el periodo 1960 – 1984	102
2.4.3. Convenios y Recomendaciones adoptados desde el año 1985 hasta 2018	116

CAPÍTULO 3: EL TRATAMIENTO EUROPEO DE LA DISCAPACIDAD121

3.1. El Consejo de Europa.....	121
3.2. El Derecho Primario de la UE	125
3.2.1. Tratado de Maastricht	125
3.2.2. Tratado de Ámsterdam.....	127
3.2.3. Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.....	129
3.2.4. Carta de los Derechos Fundamentales de la UE	131
3.2.5. Tratado de Lisboa	134
3.3. Derecho derivado. Especial consideración a las Directivas.....	136
3.3.1. La Propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.....	137
3.3.2. 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	146
A) La igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad: el artículo 5 de la Directiva 2000/78.....	149
B) Algunas cuestiones controvertidas sobre la Directiva 2000/78.....	157
3.4. Instrumentos no vinculantes	162
3.5. Derecho subsidiario: La jurisprudencia del TJUE	185
3.5.1. STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05.....	186
3.5.2. STJUE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06.....	189
3.5.3. STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11..	192
3.5.4. STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12	198
3.5.5. STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13.....	200
3.5.6. STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15.....	203
3.5.7. STJUE de 18 de enero de 2018, Ruíz Conejero, C-270/16	207

CAPÍTULO 4: LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES EN EL PUESTO DE TRABAJO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO UNA INSTITUCIÓN TRANSNACIONAL PARA LOGRAR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES.....	219
4.1. Estados Unidos de América.....	220
4.1.1. Antecedentes históricos	220
4.1.2. El concepto de persona con discapacidad	226
4.1.3. La configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad.....	231
A) La caracterización de la obligación.....	231
B) El proceso interactivo	234
4.1.4. Los límites de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad: La determinación de la carga excesiva	236
4.1.5. Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad	239
4.2. Canadá	240
4.2.1. Antecedentes históricos	240
4.2.2. El concepto de persona con discapacidad	242
4.2.3. La configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad: La caracterización de la obligación	245
4.2.4. Los límites de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad: La determinación de la carga excesiva	249
4.2.5. Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad	252
4.3. Reino Unido	255
4.3.1. Antecedentes históricos	255
4.3.2. El concepto de persona con discapacidad	262

4.3.3. La configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad: La caracterización de la obligación	269
4.3.4. Los límites de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad: La razonabilidad como control de exigencia de los ajustes	276
4.3.5. Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad	279
4.4. Francia.....	282
4.4.1. Antecedentes históricos	282
4.4.2. El concepto de persona con discapacidad	285
4.4.3. La configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad: La caracterización de la obligación	288
4.4.4. Los límites de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad: La determinación de la carga excesiva	292
4.4.5. Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad	295

CAPÍTULO 5: LA CONFIGURACIÓN ESPAÑOLA DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES EN EL PUESTO DE TRABAJO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO ORDINARIO

297

5.1. Una aproximación histórica a la inserción laboral en el empleo ordinario de las personas con discapacidad. Especial consideración a la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad.....	298
5.1.1. Los albores del tratamiento de la discapacidad en España (1900-1979)	300

A) Los primeros pasos normativos en el fomento del empleo de las personas con discapacidad.....	300
B) El Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos	302
C) La constitucionalización del empleo de las personas con discapacidad: El artículo 49 de la CE.....	305
5.1.2. El tratamiento laboral de la discapacidad tras la aprobación de la Constitución	308
A) La Ley 13/1982, de 13 de abril, de integración social de los minusválidos	308
B) El Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos	314
C) La aparición de la concertación social como mecanismo de fomento del empleo de las personas con discapacidad: Los acuerdos MTAS-CERMI	317
5.1.3. Un nuevo rumbo en el tratamiento de la discapacidad: la creciente importancia de la igualdad de oportunidades y no discriminación como primera manifestación del modelo social de tratamiento de la discapacidad.....	321
A) La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.....	323
B) La transposición de la Directiva 2000/78 en el ordenamiento jurídico español: La Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social	333
5.1.4. La aparición del Soft Law como un instrumento de importancia creciente en el fomento del empleo de las personas con discapacidad: Las Estrategias sobre Discapacidad.....	337
5.1.5. La incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al ordenamiento jurídico español: La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	342

5.1.6. La manifestación más reciente del modelo social: El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.....	348
5.2. La configuración actual de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo a las personas con discapacidad	355
5.2.1. La caracterización de la obligación	355
A) La naturaleza de la obligación.....	355
B) El ámbito subjetivo de la obligación.....	358
C) El concepto “medidas adecuadas” frente “ajustes razonables”.....	364
D) La caracterización de las medidas adecuadas.....	369
5.2.2. Los límites de la obligación de realizar ajustes razonables.....	375
A) La razonabilidad de los ajustes como límite a su exigencia	375
B) La carga excesiva.....	379
a) Concepto y determinación.....	379
b) Las circunstancias legales que componen la determinación de la carga excesiva (I): Las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad	384
c) Las circunstancias legales que componen la determinación de la carga excesiva (II): Los costes financieros y de otro tipo	392
d) Las circunstancias legales que componen la determinación de la carga excesiva (III): El tamaño y el volumen de negocios total de la empresa	394
5.2.3. El incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables.....	399
A) La caracterización del incumplimiento.....	399
B) La calificación del incumplimiento: ¿Discriminación directa, indirecta o sui generis?.....	402
C) Los efectos del incumplimiento	405

CAPÍTULO 6: EL ENCAJE ACTUAL DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES EN EL PUESTO DE TRABAJO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN RELACIÓN CON LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	412
--	------------

6.1. La extinción del contrato de trabajo de las personas con discapacidad en la doctrina judicial y jurisprudencial	413
6.1.1. La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal...	416
6.1.2. La protección del trabajador por asimilación de la enfermedad a la discapacidad	420
6.2. La extinción del contrato de trabajo por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente en grado de gran invalidez, total o absoluta del trabajador (artículo 49.1.e del TRLET).....	424
6.2.1. El reconocimiento de la situación de incapacidad permanente en grado de gran invalidez y absoluta.....	426
6.2.2. El reconocimiento de la situación de incapacidad permanente en grado de total	429
6.3. La extinción objetiva del contrato de trabajo debida a la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa (artículo 52.a del TRLET).....	433
6.4. La extinción objetiva del contrato de trabajo debida a las faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes (artículo 52.d del TRLET)	442
CONCLUSIONES	447
CONCLUSIONS	480
ANEXOS	508
ANEXO A.1. LINKS DE ACCESO A LA NORMATIVA DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	508
Equal Employment Opportunity Act of 1972 (EEOA)	508
Rehabilitation Act of 1973	508
Rehabilitation, Comprehensive Services, and Developmental Disabilities Amendments of 1978	509
Unites States Code (U.S.C)	510
Code of Federal Regulations (C.F.R.).....	518

ANEXO A.2. LINKS DE ACCESO A LA DOCTRINA JUDICIAL Y JURISPRUDENCIAL DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	526
- Tribunal Supremo (Supreme Court)	526
- Tribunales de apelación (Court of Appeal).....	527
ANEXO B.1 LINKS DE ACCESO A LA NORMATIVA DE CANADÁ.....	529
Canadian Charter of Rights and Freedom (CCRF)	529
Canadian Human Rights Act (CHRA).....	529
Employment Equity Act (EEA).....	537
ANEXO B.2 LINKS DE ACCESO A LA DOCTRINA JUDICIAL Y JURISPRUDENCIAL DE CANADÁ.....	544
Tribunal Supremo de Canadá (Supreme Court of Canada)	544
Tribunal de Derechos Humanos de Canadá (Canada Human Rights Tribunal)	545
Tribunal Federal de Apelaciones (Federal Court of Appeal)	545
Tribunal de Derechos Humanos de Ontario (Human Rights Tribunal of Ontario)	545
Tribunal Superior de Justicia de Ontario (Superior Court of Justice – Ontario Divisional Court).....	546
Tribunal Superior de Justicia de Ottawa (Superior Court of Justice – Ottawa Divisional Court).....	546
Tribunal de apelación de Ontario (Court of Appeal for Ontario)	546
ANEXO C.1. LINKS DE ACCESO A LA NORMATIVA DE REINO UNIDO.....	547
Disability Discrimination Act 1995 (DDA)	547
Employment Rights Act 1996 (ERA)	554
Equality Act 2010 (EqA)	554
Equality Act Regulations 2010 (EqAR).....	567
ANEXO C.2. LINKS DE ACCESO A LA DOCTRINA JUDICIAL Y JURISPRUDENCIAL DE REINO UNIDO.....	569
Tribunal Supremo (United Kingdom House of Lords).....	569

Tribunal de Apelación Laboral (United Kingdom Employment Appeal Tribunal)	569
ANEXO D.1. LINKS DE ACCESO A LA NORMATIVA DE FRANCIA.....	572
Loi 57-1223 du 23 novembre 1957 sur le reclassement des travailleurs handicapés (Loi 57-1223).....	572
Loi 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées (Loi 75-534).....	572
Loi 2005-102 du 11 février 2005 sur l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (Loi 2005-102).	573
Loi 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (Loi 2008-496).....	573
Code de l'action sociale et des familles (CAF)	574
Code de la famille et de l'aide sociale	574
Code du Travail (CdT).....	575
Code Penal	583
ANEXO D.2. LINKS DE ACCESO A LA DOCTRINA JUDICIAL Y JURISPRUDENCIAL DE FRANCIA.....	586
Consejo de estado (Conseil d'etat)	586
Tribunal de apelación (Cour d'appel)	586
BIBLIOGRAFÍA	587

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADA	<i>Americans with Disabilities Act</i>
ADAAA	<i>Americans with Disabilities Act Amendments Act of 2008</i>
AN	Audiencia Nacional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CAF	<i>Code de l'action sociale et des familles</i>
CCFR	<i>Canadian Charter of Rights and Freedom</i>
CdT	<i>Code du Travail</i>
CE	Constitución Española de 1978
CEDH	Convención Europea de los Derechos Humanos
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
C.F.R.	<i>Code of Federal Regulations</i>
CHRA	<i>Canadian Human Rights Act</i>
CIDDM	Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y <i>Minusvalías</i>
CIDPD o CRPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud
CRA	<i>Civil Rights Act of 1964</i>
DDA	<i>Disability Discrimination Act 1995</i>
Decreto 2531/1970	Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos (BOE de 15 de septiembre)
Directiva 89/391	Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas

	para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DOUE de 11 de diciembre)
Directiva 2000/78	Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE de 2 de diciembre)
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EEA	<i>Employment Equity Act</i>
EED	Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020
EEOA	<i>Equal Employment Opportunity Act of 1972</i>
EEOC	<i>Equal Employment Opportunity Commission</i>
EqA	<i>Equality Act 2010</i>
EqAR	<i>The Equality Act 2010 (Disability) Regulations</i>
ERA	<i>Employment Rights Act 1998</i>
Estrategia Global 2008	Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012
Ley 3/2012	Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio)
Ley 26/2011	Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE de 2 de agosto)
Ley 43/2006	Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE de 30 de diciembre)
Ley 45/2002	Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de

Abreviaturas

	protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE de 13 de diciembre)
Ley 62/2003	Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 31 de diciembre)
LGDPCD	Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE de 3 de diciembre)
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 31 de octubre)
LISMI	Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (BOE de 30 de abril)
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 8 de agosto)
LIONDAU	Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE de 30 de abril)
<i>Loi 57-1223</i>	<i>Loi 57-1223 du 23 novembre 1957 sur le reclassement des travailleurs handicapés</i>
<i>Loi 75-534</i>	<i>Loi 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées</i>
<i>Loi 2005-102</i>	<i>Loi n° 2005 - 102 du 11 février 2005 sur l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées</i>
<i>Loi 2008-496</i>	<i>Loi 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations</i>
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE de 11 de octubre)

Normas Uniformes	Resolución 48/96, de 4 de marzo de 1994, mediante la que se aprueban las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RD 170/2004	Real Decreto 170/2004, de 30 de Enero, por el que se modifica el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos (BOE de 31 de enero)
RD 870/2007	Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo (BOE de 14 de julio)
RD 1451/1983	Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos (BOE de 4 de junio)
RDL 3/2012	Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 11 de febrero)
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

Abreviaturas

STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 24 de octubre)
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
U.S.C.	<i>United States Code</i>

RESUMEN

La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo es una medida de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad, cuya importancia ha sido creciente en los últimos años. Su incorporación en el artículo 5 de la Directiva 2000/78, sumado al papel central que le ha otorgado la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, la han situado como la materialización jurídica del paradigma social de tratamiento de la discapacidad, que opta por la integración social y la plena participación de las personas con discapacidad.

Así pues, la presente tesis doctoral se encarga de analizar el origen, la evolución y la configuración actual de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad, optando para ello por ofrecer una visión internacional, europea, comparada y nacional de su configuración y sus implicaciones en los ordenamientos jurídicos que la han regulado.

Para ello, se examina, en primer lugar, la evolución del tratamiento de la discapacidad desde un punto de vista internacional y europeo, detallando cuál ha sido el papel institucional en la integración laboral de las personas con discapacidad. En segundo lugar, la tesis se centra en ofrecer una caracterización comparada y española de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad, examinando a tal efecto la regulación de los ordenamientos jurídico norteamericano, canadiense, británico, francés y español.

A tal efecto, esta obra tiene como objetivo analizar cuestiones de interés a propósito del mencionado deber empresarial, como por ejemplo la caracterización de la obligación, qué ajustes deben considerarse razonables, la regulación de la carga excesiva o las consecuencias de su incumplimiento, así como la relación que existe entre la obligación de realizar ajustes razonables y instituciones de flexibilidad externa, con especial consideración de las modalidades extintivas del contrato de trabajo que afectan especialmente a personas con discapacidad.

De esta manera, el planteamiento multinivel, que aborda conjuntamente el fenómeno de la discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo, permite formular propuestas de mejora de la aplicación efectiva del mencionado mecanismo de integración laboral en el ámbito español.

ABSTRACT

The duty to provide reasonable accommodation in the workplace is a measure to combat discrimination on the ground of disability, whose importance has been growing in recent years. Its incorporation into article 5 of Directive 2000/78, added to the central role granted in the Convention of Rights of People with Disabilities, has placed it as the legal materialization of the social paradigm of treatment of disability, that advocates for social integration and full participation of people with disabilities.

Thus, this doctoral thesis is responsible for analyzing the origin, evolution and current configuration of the duty to provide reasonable accommodation in the workplace for people with disabilities. In this regard, it offers an international, European, compared and national vision of its configuration and its implications in the legal systems that have regulated it.

For that purpose, the evolution of disability treatment from an international and European point of view is first examined, detailing what has been the institutional role in the labor integration of people with disabilities. Second, the thesis focuses on a comparative and Spanish characterization of the obligation to provide reasonable accommodation in the workplace for people with disabilities, examining for this purpose the regulation of the American, Canadian, British, French and Spanish legal systems.

This work aims to analyze issues of interest regarding the aforementioned business duty, such as the characterization of the obligation, what adjustments should be considered reasonable, the regulation of the disproportionate burden or the consequences of its breach, as well as the relationship that exists between the duty to provide reasonable accommodation and domestic institutions of external flexibility, with special consideration to the extinction of the employment contracts of people with disabilities.

Hence, the multilevel approach, which addresses together the evolution of disability and the duty to provide reasonable accommodation in the workplace,

allows to formulate proposals for improving the effective application of the mentioned labor integration mechanism in Spain.

INTRODUCCIÓN: METODOLOGÍA Y PLANTEAMIENTO DE LA OBRA

El empleo de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo ordinario ha sido un objetivo que ha sido perseguido firmemente durante los últimos años, como consecuencia del surgimiento del modelo social de tratamiento de discapacidad. Este paradigma sostiene una conceptualización que rechaza de plano la asunción individual de la responsabilidad derivada de la discapacidad, y enfatiza la discapacidad como una dificultad que ostenta la sociedad para ofrecer espacios accesibles a todas las personas. El propósito principal de su implementación no es otro que lograr la integración laboral e igualdad de oportunidades plena de este colectivo mediante la normalización y la adaptación de los ámbitos de la sociedad a los individuos.

La materialización jurídica de este paradigma se ha producido mediante distintas medidas. No obstante, la que mejor refleja la voluntad integradora del modelo social ha sido la obligación de realizar ajustes razonables. Este deber de adaptación de los entornos pretende crear espacios sociales plenamente accesibles, que no generen diferencias de trato por razones de discapacidad, evitando así la construcción indirecta de barreras que impiden la participación plena de este colectivo.

La traslación a un plano normativo, desde un punto de vista internacional, se ha producido mediante la CIDPD. Este instrumento construye la inclusión de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la sociedad tomando como fundamento la obligación de realizar ajustes razonables. Este mecanismo es especialmente relevante en el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, ya no sólo por la apuesta por el mantenimiento en el empleo que efectúa el artículo 27 de la CIDPD, sino por que en el ámbito europeo la Directiva 2000/78 ya instituyó el mencionado deber empresarial como una obligación a transponer en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro.

No obstante, a nivel europeo existen manifestaciones previas significativas. En este sentido, la recepción del modelo social en Europa se produjo de forma

gradual, mediante la aprobación de resoluciones no vinculantes –softlaw-, como por ejemplo la Comunicación de la Comisión al Consejo, de 4 de noviembre de 1981, sobre líneas directrices de una acción comunitaria para la inserción social de las personas con discapacidad, Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1981 sobre la integración social de los minusválidos o la Comunicación de la Comisión, de 30 de julio de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía, alcanzando su cénit con la Directiva 2000/78 del Consejo de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. No obstante, la norma que mayor protagonismo asumió fue la Directiva 2000/78, ya que introdució la protección contra la discriminación por razón de discapacidad en el empleo a nivel europeo, una tutela inédita hasta la fecha.

A nivel español, la apertura al modelo social ha sido cada vez mayor, y se ha materializado mediante el cambio de enfoque en las distintas normas de referencia (LISMI, LIONDAU, LGDPCD). La transposición de la Directiva 2000/78 supuso un gran avance, que introdujo por primera vez la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo, y se sumó a la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, que ha sido la medida estándar de integración laboral de este colectivo.

Este escenario normativo evidencia la premisa sobre la que se construye esta obra: el surgimiento multinivel de la obligación de realizar ajustes razonables como un mecanismo de integración laboral antidiscriminatorio de las personas con discapacidad. Tanto en un plano internacional, como europeo y nacional, esta institución de origen anglosajon ostenta las características necesarias para instituirse como una pieza clave para lograr una implementación efectiva de la no discriminación por razón de discapacidad en el empleo y la ocupación. Sin embargo, su eficacia actual parece no acompañar a sus potenciales efectos, ya que su configuración plantea múltiples interrogantes, ya no sólo a propósito de ciertos aspectos basales sobre su ejecución, sino por la posible falta de compatibilidad con relación a medidas de flexibilidad externa -extinciones y despidos-.

Y es en este punto en el que nace la motivación de esta obra, que pretende examinar la evolución la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo como materialización jurídica del modelo social de tratamiento de la discapacidad desde una perspectiva multinivel. Así pues, se parte de la hipótesis de que la obligación de realizar ajustes razonables es una medida desconocida por los operadores jurídicos, que plantea ciertos problemas en su despliegue como consecuencia de la falta de desarrollo normativo. Sobre todo, respecto a las modalidades extintivas que tienen una especial incidencia en las personas con discapacidad, dada la pretensión de mantener el empleo que reivindica el mencionado deber empresarial.

De esta manera, el objetivo de este estudio es examinar el origen, la evolución y la configuración actual del mencionado deber empresarial, tomando como telón de fondo la evolución del fenómeno de la discapacidad, a fin de determinar cómo ha encajado su incorporación en los distintos ordenamientos jurídicos, y especialmente en el ordenamiento jurídico español. Ello comprende, además del estudio exhaustivo de su configuración, la valoración de su compatibilidad en relación con otras instituciones, con especial consideración a las extinciones del contrato de trabajo. Para ello, resulta necesario abordar el origen de la mencionada obligación, desde una perspectiva internacional, europea y comparada, pues se trata de un deber empresarial con una cierta antigüedad en ordenamientos jurídicos extranjeros basados en el *Common Law*. Este planteamiento condiciona la estructura de esta obra, que pretende introducir en primer lugar la evolución del fenómeno de la discapacidad, y continuar con el examen internacional, europeo, comparado y nacional (español) de los distintos elementos que configuran la obligación de realizar ajustes razonables.

Así pues, el primer capítulo se encargará de analizar el fenómeno de la discapacidad desde un punto de vista no jurídico. Su pretensión será ofrecer una perspectiva de la evolución del tratamiento de la discapacidad, abordando para ello los distintos paradigmas y su evolución a lo largo de los años. De esta manera, se contextualizará el estudio multinivel de la obligación en el marco de

los distintos modelos que han moldeado el fenómeno de la discapacidad, ofreciendo así un punto de referencia inicial.

A continuación, el segundo capítulo abordará el tratamiento internacional de la discapacidad. En particular, se examinarán los distintos instrumentos internacionales dictados por la OMS, la Asamblea General de la ONU y la OIT, que han sido los organismos que mayor protagonismo han adquirido en la regulación jurídica de la discapacidad. Bajo una perspectiva cronológica, este capítulo ofrecerá al lector/a una imagen internacional del origen y evolución normativa del tratamiento de la discapacidad y de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo.

El tercer capítulo se dedicará al examen del tratamiento de la discapacidad desde un punto de vista europeo. Para ello, el estudio tomará como referencia el sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea, prestando especial atención a la evolución del tratamiento de la discapacidad. La aprobación de la Directiva 2000/78, que incluyó por primera vez la discapacidad como causa de no discriminación en el empleo, centraliza prácticamente el contenido de este capítulo. No obstante, las referencias al Consejo de Europa, el Derecho primario, los Instrumentos no vinculantes y el Derecho subsidiario complementan el análisis. En este sentido, el papel de las sentencias del TJUE ha sido especialmente destacado, y es por ello por lo que se les prestará una especial atención, dada su importancia en la construcción judicial del concepto de discapacidad y el deber empresarial objeto de tratamiento.

Una vez planteado el examen del fenómeno de la discapacidad desde un plano internacional y europeo, el cuarto capítulo iniciará el examen sustantivo de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo desde una perspectiva comparada. A tal efecto, se ofrecerá un estudio de las particularidades del deber empresarial objeto de estudio en cuatro países, a saber Estados Unidos, Canadá, Reino Unido y Francia. La selección de estos ordenamientos jurídicos se justifica por la naturaleza anglosajona del deber empresarial objeto de estudio, que surgió inicialmente en Estados Unidos y Canadá, a lo que debe sumarse el examen de dos países europeos, como son

Reino Unido y Francia, muy distintos entre sí. De esta manera, se plasmará una visión comparada no centrada exclusivamente en la Unión Europea, ofreciendo una visión de cómo ha encajado la obligación de adaptar el puesto de trabajo en ordenamientos jurídicos tanto del *Common Law* como del Derecho Continental. La estructura del examen incluirá un apartado introductorio sobre los antecedentes históricos de la obligación en el ordenamiento jurídico correspondiente, la caracterización del concepto de persona con discapacidad, que es clave para conocer el ámbito subjetivo de aplicación, así como la configuración, los límites y las consecuencias del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo.

El quinto capítulo ofrecerá un estudio sobre la configuración española de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad. Este capítulo se subdivide en dos partes, que pretenden analizar el origen, la evolución y la configuración actual del tratamiento de la discapacidad y de la mencionada obligación en el ordenamiento jurídico español. Para ello, la primera parte efectúa una aproximación histórica del fenómeno de la discapacidad y las manifestaciones embrionarias del deber empresarial objeto de examen, deteniéndose en el análisis de las distintas normas que han sido referentes en materia de discapacidad en el ordenamiento jurídico español. En cambio, la segunda parte se centra en abordar la configuración actual de la ya citada obligación, entrando a clarificar aspectos no resueltos por la norma, como por ejemplo la naturaleza de la obligación, la determinación de la carga excesiva y la concreción de sus circunstancias o la calificación de su incumplimiento, entre otros.

Por último, las conclusiones clarificarán el impacto de la intervención internacional y europea a nivel institucional sobre el fenómeno de la discapacidad, y cuál ha sido el papel de la obligación de realizar ajustes razonables como mecanismo transnacional de igualdad de oportunidades y no discriminación en el empleo para las personas con discapacidad. Y a su vez, se formularán propuestas de mejora del ordenamiento jurídico español, no sólo a propósito de la configuración

sustantiva del deber empresarial, sino también con relación a su compatibilidad con otras instituciones del ordenamiento jurídico español.

Metodológicamente, esta obra examina textos normativos internacionales, europeos y nacionales, tanto vigentes como pasados, de diferentes ámbitos territoriales, tanto nacionales como supranacionales, dada la naturaleza anglosajona de la obligación objeto de estudio. El estudio de la normativa se complementa con el exhaustivo análisis de textos doctrinales y una visión jurisprudencial, que permiten una aproximación más rica al fenómeno de la discapacidad y la configuración e integración de los ajustes razonables en los distintos ordenamientos jurídicos.

CAPÍTULO 1: UNA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA DISCAPACIDAD: LOS MODELOS DE TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD

La efectiva igualdad de oportunidades ha sido una cuestión de interés capital en el fomento de la integración de las personas con discapacidad. Las barreras sociales han dificultado la integración plena y efectiva de las personas con discapacidad a lo largo de los últimos años. Buena muestra de ello son los entornos no adaptados, el surgimiento y consolidación de un estigma social implícito en el término¹, o las raíces históricas asociadas a la expresión².

Afortunadamente, el significado de discapacidad y sus connotaciones han variado sustancialmente en distintos planos³, y en este sentido, su evolución ha discurrido por distintas fases o modelos, que han abordado el concepto de discapacidad y su relación con los ámbitos de la vida en sociedad más importantes. En efecto, la superación de los distintos paradigmas y la aparición, a nivel global⁴, de una preocupación por la plena efectividad de los derechos de las personas con

¹ Conviene destacar que el origen del estigma social asociado a la discapacidad es una cuestión no pacífica en la doctrina científica. La diversidad de opiniones, por su significación, merece ser brevemente referida. Algunos autores atribuyen la aparición del estigma por grupos de profesionales como una forma de asegurar la perpetuidad de la prestación de una serie de servicios médicos y sociales de asistencia a personas con discapacidad. Así lo defienden WOLFENBERGER, W., "Human Service Policies: The Rethoric versus the Reality", en *Disability and Dependency*, Falmer Press, Reino Unido, 1989, págs. 23-40 y ALBRECHT, G., *The Disability Business: Rehabilitation in America*, Sage Publications, Chicago, 1992, entre otros.

Otros autores han defendido la aparición del capitalismo y sus manifestaciones económicas como el factor excluyente de mayor importancia para las personas con discapacidad, atendiendo a la separación forzada del mercado de trabajo que los empresarios efectuaron en su propio beneficio. Entre ellos se incluyen HUNT, P., *Stigma: The Experience of Disability*, Chapman, Estados Unidos de América, 1966; FINKELSTEIN, V., *Attitudes and Disabled People: Issues for Discussion*, World Rehabilitation Fund, Reino Unido, 1980, págs. 6-7; OLIVER, M., *The Politics of Disablement: A Sociological Approach*, Macmillan, Reino Unido, 1990. Finalmente, algún autor aboga por atribuir el estigma social al papel de la cultura y la estandarización del imperativo social de normalidad física, tal y como detalla BARNES, C., "Theories of Disability and The Origins of the Oppression of Disabled Person in Western Society", en BARNES, C. (ed.), *Disability and Society*, Longman, Reino Unido, 1996, pág. 56.

² Para un análisis en profundidad sobre esta cuestión, *vid.* RIMMERMAN, A., *Social Inclusion of People with Disabilities*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, págs. 9-33.

³ Desde un punto de vista social y político, *vid.* BRADDOCK, D.L.; PARISH, S.L., "An Institutional History of Disability", en ALBRECHT, G.L., SELLMAN, K. y BURY, M. (Eds.), *Handbook of Disability Studies*, Sage Publications, Estados Unidos de América, 2001, págs. 11-51, que analizan en profundidad la evolución del tratamiento de la discapacidad a través de su contextualización histórica y su identificación como un problema social.

⁴ *Vid.* ALBRECHT, G.; VERBRUGGE, M., "The Global Emergence of Disability", en ALBRECHT, G. *et al*, *Handbook of Social Studies in Health and Medicine*, Sage Publications, Londres, 2000, págs. 293-307, que advierten que la discapacidad siempre ha existido, pero ha adquirido una dimensión global gracias a los medios de comunicación, el incremento del número de normas, la presencia de personas con discapacidad en lugares públicos y la conciencia de la importancia de esta cuestión por parte de Asia, África y América Latina, entre otros.

discapacidad han posibilitado cambios sustanciales en el tratamiento jurídico de este colectivo, de tal suerte que *la conceptualización de la discapacidad ha evolucionado desde la victimización y marginalización hasta el reconocimiento de derechos actuales*⁵, fruto de la lucha por el reconocimiento de su identidad como colectivo⁶.

Así pues, este primer capítulo tiene como objetivo ofrecer un estudio, a modo de aproximación introductoria, a la evolución del fenómeno de la discapacidad. Para ello, se ofrecerá la caracterización de este concepto a tenor de los distintos paradigmas, que si bien han variado sustancialmente a lo largo de los años⁷, permite contextualizar la evolución que ha sufrido la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad. Los distintos modelos de tratamiento de la discapacidad han sido el modelo de prescindencia, modelo médico o rehabilitador, modelo social, el modelo de derechos humanos y el modelo de diversidad funcional⁸.

No obstante, conviene advertir que los tres primeros modelos ostentan una caracterización más extensa, pues se tratan de paradigmas a día de hoy superados, y, por lo tanto, plenamente desarrollados. Y en este sentido, los dos últimos modelos se han incluido dentro de un apartado denominado “nuevos paradigmas en el tratamiento de la discapacidad”, que ilustra hacia dónde evoluciona el tratamiento de la discapacidad y los retos más actuales que plantea.

⁵ Vid. RIMMERMAN, A., *Social Inclusion of People with Disabilities*, op. cit., pág. 22, que señala: “*The conceptualisation of disability grew from victimisation and marginalisation in ancient times to inclusión and recognition of Rights in our times*”.

⁶ Así lo sostienen ANSPACH, R.R., “From Stigma to Identity Politics: Political Activism among the Physically Disabled and Former Mental Patients”, *Social Science and Medicine*, vol. 13A, 1979, págs. 765-773; GILL, C.J., “Four Types of Integration in Disability Identity Problems”, *Journal of Vocational Rehabilitation*, vol. 9, 1997, págs. 39-46; y LINTON, S., *Claiming disability: Knowledge and Identity*, New York University Press, Nueva York, 1998; tal y como señala BRADDOCK, D.L.; PARISH, S.L., “An Institutional History of Disability”, op. cit., pág. 52.

⁷ Para un estudio más detallado, véase ALBRECHT, L. (ED.), “Encyclopedia of Disability”, Sage Publications, California, 2006, vol V, que realiza un estudio muy exhaustivo sobre la evolución del tratamiento de la discapacidad desde la antigüedad hasta la actualidad, y en menor extensión, el apartado “acotación introductoria” en JIMÉNEZ LARA, A.; HUETE GARCÍA, A., “Políticas públicas sobre discapacidad en España. Hacia una perspectiva basada en los derechos”, *Revista Política y Sociedad*, vol. 47, 1, 2010, págs. 138 a 139.

⁸ La razón por la cual se han seleccionado estos cinco modelos es por la mayor repercusión que los mismos han tenido a lo largo de la historia. En este sentido, se ha tomado como referencia la clasificación de los modelos detallados en JIMÉNEZ LARA, A., “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”, en DE LORENZO, R. (Coord.) y PÉREZ BUENO, L.C. (Coord.), *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 184 a 190 y JIMÉNEZ LARA, A.; HUETE GARCÍA, A., “Políticas públicas sobre discapacidad en España. Hacia una perspectiva basada en los derechos”, op. cit., págs. 138-139.

1.1. Modelo de prescindencia

El modelo de marginación o prescindencia surgió durante la Edad Media y pretendía ofrecer una respuesta a la existencia de la discapacidad fundamentada en elementos míticos o ajenos a la voluntad del hombre. Este paradigma deshumanizaba al individuo con discapacidad, hasta tal punto que su presencia podía ser eliminada. A la luz de este modelo, las personas con discapacidad eran excluidas de la sociedad y tratadas de forma peyorativa. Tal y como señala Palacios⁹, las personas con discapacidad eran consideradas innecesarias por razones muy diversas, entre las que se incluyen la no contribución a las necesidades de la comunidad, la existencia de mensajes diabólicos o la viva manifestación del enojo de los dioses.

Como puede observarse, este modelo de tratamiento justifica la discapacidad desde una vertiente religiosa¹⁰, pero además con un marcado carácter social y productivo, ofreciendo así una respuesta que desembocaba en su marginación como manifestación de la muerte social de este colectivo o en la aplicación de políticas eugenésicas¹¹. Así, las características esenciales del modelo de prescindencia son *la justificación religiosa de la discapacidad y la consideración de que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la comunidad*¹². La entidad de ambas características ha derivado en la creación de dos submodelos, denominados eugenésico y de marginación.

Sin ánimo de profundizar en su caracterización¹³, sí que es conveniente esbozar algunas pinceladas a propósito de cómo concebían la discapacidad. El primero de ellos adquirió una especial importancia en la antigüedad clásica, aunque ha tenido

⁹ Vid. PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008, pág. 26.

¹⁰ Vid. *Ibid.*, pág. 37.

¹¹ Vid. *Ibid.*, pág. 26.

¹² Vid. *Ibid.*, pág. 26.

¹³ Un estudio detallado de ambos submodelos puede encontrarse en PALACIOS RIZZO, A., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007, págs. 14-15; PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., págs. 37-66; y PALACIOS RIZZO, A., "The Social Model in the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *The Age of Human Rights Journal*, vol. 4, 2015, págs. 91-92.

manifestaciones más actuales¹⁴, y se caracterizaba por justificar la discapacidad como una cuestión religiosa¹⁵. La solución que proponía este modelo se fundamentaba en el recurso a prácticas eugenésicas, pues la comunidad consideraba a las personas con discapacidad como una carga. El submodelo de marginación optaba por soluciones menos radicales, ya que sostenía la exclusión social de las personas con discapacidad. Su manifestación ha sido una constante histórica¹⁶, aunque conviene señalar que tuvo especial presencia durante la Edad Media. El fundamento que ofrecía para justificar el origen de la discapacidad se continuaba basando en razones religiosas, aunque ya no se optaba por el infanticidio. El tratamiento de la discapacidad bajo la óptica de este submodelo era ligeramente distinto al paradigma eugenésico, ya que la sociedad aceptaba la supervivencia de las personas con discapacidad, si bien su existencia estaba condenada a la resignación y al rechazo social.

Este paradigma cuestiona, pues, el valor de la vida de las personas con discapacidad, que eran consideradas dependientes y objeto de caridad, sin ningún tipo de autonomía e independencia. Y, de hecho, se evidencia que la pretensión de este modelo es ocultar a este colectivo, ya sea mediante su eliminación física o a través de una existencia marcada por el estigma, la inferioridad y la dependencia, determinada por un canon de normalidad social que no respetaba la diversidad propia de cualquier sociedad.

Así pues, la existencia de una discapacidad a la luz de este modelo significaba la supresión de cualquier derecho subjetivo y de la dignidad inherente a cualquier persona, minusvalorando la vida de aquellas personas que tenían una discapacidad.

¹⁴ El programa de eutanasia nazi es, desafortunadamente, una de ellas. Sin embargo, este planteamiento sigue vigente en algunas zonas de África e incluso en diversos países del extremo oriente. Para un estudio en profundidad sobre esta cuestión, véase DI NASSO, P., "Mirada histórica de la discapacidad", *Catedra Iberoamericana*, vol. 9, 2004, disponible en formato electrónico en: http://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/di_nasso/

¹⁵ Tal y como señala PALACIOS RIZZO, A., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., pág. 14, el nacimiento de un niño con discapacidad era interpretado como *el resultado de un pecado cometido por los padres en el caso de Grecia, o una advertencia de que la alianza con los Dioses se encontraba rota en el caso de Roma.*

¹⁶ En este sentido, *Ibid.*, pág. 14.

1.2. Modelo médico o rehabilitador

Los avances de la ciencia y de la medicina en la detección de enfermedades permitieron dar un paso más allá en la concepción del tratamiento de la discapacidad. El objetivo de este paradigma es lograr la adaptación e inserción del individuo con discapacidad en la comunidad, mediante intervenciones y actuaciones médicas que supongan la curación o erradicación de la discapacidad. Para ello, define la discapacidad como una cuestión médica¹⁷, e inherente a la persona¹⁸, relacionada con la pérdida funcional, psíquica o sensorial individual. Se concibe así la discapacidad *como un problema individual que tiene su causa principal en las limitaciones que sufren las personas*¹⁹. Respecto al modelo anterior, se detecta una evolución²⁰, fundamentada en la ciencia, que centra su atención en la limitación de la persona en relación con el resultado o el proceso de actividades desarrolladas por otras personas sin discapacidad, sin que la sociedad deba introducir modificación alguna en su forma de funcionar. La solución que se propone, pues, es la rehabilitación médica de estas personas, omitiendo la normalización de este colectivo al ser concebida como un riesgo²¹.

Temporalmente, este modelo se sitúa en los albores de la modernidad, consolidándose al finalizar la Primera Guerra Mundial. La finalización de tal conflicto global supuso la necesidad de encontrar una respuesta social a aquellas personas que volvían a sus países con lesiones que les impedían, en la mayoría

¹⁷ El componente médico en el marco de este paradigma ha sido cuestionado por algunos autores. En OLIVER, M., *Understanding Disability: From Theory to Practice*, Macmillan, London, 1996, pág. 31 se cuestiona la existencia del modelo médico como tal, sosteniendo que en realidad nos encontramos ante un modelo de tratamiento individual fundamentado esencialmente en un componente médico. Concretamente, defiende que *"In short, for me, there is no such thing as the medical model of disability, there is instead, an individual model of disability of which medicalisation is one significant component."*

¹⁸ Algunos autores como *Ibid.*, pág. 32 han sostenido el carácter trágico de la discapacidad como nota inherente a la individualidad del modelo médico. Asimismo, véase STEIN, M.A., "Disability Human Rights", *California Law Review*, vol. 95, 1, 2007, pág. 86 y CUENCA GÓMEZ, P., "Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad", *Papeles: el tiempo de los derechos*, vol. 3, 2011, pág. 2.

¹⁹ Vid. CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2012, pág. 28.

²⁰ Vid. VALDÉS DAL-RE, F., "Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos", en VALDÉS DAL-RE, F. (DIR.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Las relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pág. 372, que afirma que este modelo constituye "[...] un progreso en el tratamiento de la discapacidad y en la resolución de los problemas que aquejan a las personas con discapacidad".

²¹ Vid. DE ASIS ROIG, R., "Sobre el modelo social de la discapacidad: Críticas y éxito", *Papeles: el tiempo de los derechos*, vol. 1, 2013, pág. 5.

de casos, prestar servicios en el marco de una relación laboral. La necesidad de compensar a estas personas originó la creencia de que es la sociedad quien, a través de la investigación y la rehabilitación, debe ofrecer soluciones, tales como servicios sociales y de rehabilitación, para lograr su plena inserción en la sociedad. Así, este modelo, influenciado notablemente por elementos biológicos y médicos, pone el acento en la curación o rehabilitación individual de la persona con discapacidad.

Respecto al modelo de prescindencia, el paradigma médico supuso una evolución en el tratamiento de las personas con discapacidad, ya que introdujo la intervención asistencial pública²², y permitió, en mayor medida, garantizar una integración de las personas con discapacidad en el seno de la sociedad, siempre y cuando fueran rehabilitadas o normalizadas. De esta manera, se aprecia que este paradigma atribuye un valor social a las personas con discapacidad, inexistente en el modelo anterior, supeditado a la recuperación médica de la persona, que corresponde a los servicios públicos. La introducción de la institucionalización es sumamente importante, ya que los poderes públicos asumen por primera vez la responsabilidad de la integración de este colectivo, hecho este clave en la concepción del modelo social como veremos más adelante.

Si examinamos la caracterización del derecho al trabajo a través de la óptica de este paradigma, puede observarse una especial atención al empleo protegido. En efecto, esta modalidad de empleo era concebida como una vía para la integración social de este colectivo²³, ya que se pretendía su rehabilitación profesional en un entorno compuesto única y exclusivamente por personas con discapacidad. Su presencia en el empleo ordinario era prácticamente anecdótica, pues la recuperación profesional de este colectivo era concebida como una práctica que debía suceder al margen de la normalización. Así, las intervenciones destinadas a la inserción de las personas con discapacidad eran de carácter asistencial²⁴, y, en

²² Vid. VALDÉS DAL-RE, F., "Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos", *op. cit.*, pág. 372.

²³ Vid. PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, *op. cit.*, pág. 137.

²⁴ Vid. VALDÉS DAL-RE, F., "Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos", *op. cit.*, pág. 371.

consecuencia, el protagonismo lo asumieron medidas como la educación especial, la rehabilitación médica, las cuotas laborales, la asistencia institucionalizada²⁵. Asimismo, el diseño del modelo médico presenta una serie de carencias que conviene dejar apuntadas, básicamente porque algunas de ellas aún perduran culturalmente en nuestra sociedad.

La primera de ellas consiste en la visión que ofrece este modelo de la persona con discapacidad, sesgada por la realidad médica. A la luz de este modelo, este colectivo es caracterizado como un conjunto de individuos enfermos a los que se les presta especial atención desde un punto de vista médico, pasando a un segundo plano su caracterización como ciudadanos y la garantía del ejercicio de sus derechos reconocidos como seres humanos²⁶. Esta característica supone que el paradigma médico se base en una visión parcial e incompleta del tratamiento de la discapacidad, que no contribuye a una verdadera inserción de este colectivo. Tal y como señala Palacios²⁷, la discapacidad es mucho más que realidades médicas, y el problema se manifiesta especialmente cuando el profesional médico es el encargado del tratamiento y de condicionar la forma en la que la persona con discapacidad debe vivir²⁸. De hecho, la premisa de la que parte el modelo médico no ofrece una respuesta integradora a aquellas situaciones en las que no existe la posibilidad de lograr una rehabilitación completa²⁹.

En segundo lugar, la solución ofrecida por este modelo consiste en la rehabilitación o tratamiento médico basado en un criterio de normalidad, pero no tiene en cuenta la integración social de estas personas. La normalización no atiende a las necesidades especiales que puedan ser necesarias desde un punto

²⁵ Vid. DE ASIS ROIG, R., "Sobre el modelo social de la discapacidad: Críticas y éxito", *op. cit.*, pág. 4.

²⁶ En este sentido, véase PRIESTLEY, M., "Constructions and Creations: Idealism, Materialism and Disability Theory", *Disability & Society*, vol. 13, 1, 1998, pág. 85 *in fine*; CUENCA GÓMEZ, P., "Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad", *op. cit.*, pág. 3; CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, *op. cit.*, pág. 29 y DE ASIS ROIG, R., "Sobre el modelo social de la discapacidad: Críticas y éxito", *op. cit.*, pág. 4.

²⁷ Vid. PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, *op. cit.*, pág. 100.

²⁸ Un estudio en profundidad sobre esta cuestión puede hallarse en STIKER, H.J., *A History of Disability*, University of Michigan Press, Michigan, 1999.

²⁹ En este sentido, véase LAWSON, A., "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, 2007, pág. 571.

de vista individual, sino a las carencias o limitaciones de las personas con discapacidad en el desarrollo de actividades cotidianas³⁰. Y ello supone consolidar la distinción entre lo socialmente aceptable y aquello que es distinto, que debe ser redirigido hacia un concepto de normalidad impuesto culturalmente. Como puede observarse, el punto nuclear de este modelo no atiende a las verdaderas necesidades de este colectivo, y ofrece como solución la imposición cultural de medidas pensadas para una mayoría, *que pretende hacer desaparecer la diferencia que representa la discapacidad*³¹. En consecuencia, puede afirmarse que el planteamiento de este paradigma no difiere en exceso del sostenido por el modelo de prescindencia ya que ambos persiguen ocultar o borrar las diferencias³², objetivo que, dicho sea de paso, no se consigue lograr³³.

En tercer lugar, el modelo médico se fundamenta en una visión negativa de las capacidades de las personas con discapacidad. Prejuzga que la diversidad funcional no se adapta al concepto de normalidad, y *se produce una enorme subestimación con relación a las aptitudes de las personas con discapacidad*³⁴. Como consecuencia, la sociedad asume una actitud paternalista que separa a este colectivo, y lo caracteriza como dependiente y *sujeto pasivo en relación con sus derechos*³⁵, ya sea a través de entornos segregadores como por ejemplo los centros especiales de empleo³⁶, o bien mediante asistencia social o prestaciones de Seguridad Social que subestiman las posibilidades reales de las personas con discapacidad.

³⁰ De hecho, este paradigma examina las destrezas o habilidades que una persona pueda ser capaz de adquirir, y como señala PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., pág. 99, “[...] pareciera que dichas habilidades sean el pasaporte hacia una vida en sociedad”.

³¹ Vid. *Ibid.*, pág. 98.

³² En este sentido, véase STIKER, H.J., *A History of Disability*, op. cit., pág. 12, que denomina y desarrolla esta idea bajo el nombre *the social ideal of erasure*.

³³ Sobre esta idea, véase PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., pág. 99, que señala que “se le ofrece a la persona con discapacidad ser integrada solo en la medida en que se rehabilite, que disimule u oculte su diferencia, y se asemeje a los demás. De este modo, pareciera que el objetivo perseguido no es la igualdad sino lo idéntico y —a lo idéntico— se llega a costa de la igualdad”.

³⁴ Vid. COURTIS, C., “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003”, *Revista Jueces para la Democracia*, vol. 51, 2004, pág. 8 y PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., pág. 67.

³⁵ Vid. CUENCA GÓMEZ, P., “Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad”, op. cit., pág. 4.

³⁶ El máximo exponente han sido los Centros Especiales de Empleo. Para un estudio en profundidad, véase ESTEBAN LEGARRETA, R. (DIR.); PÉREZ AMORÓS, F. (DIR.), *La aplicación del derecho del trabajo en los centros especiales de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Por último, la tercera crítica que conviene efectuar a este paradigma es la asociación que establece entre el concepto de discapacidad y enfermedad. La discapacidad es concebida como una disfuncionalidad que afecta física y/o psicológicamente de forma negativa a los seres humanos. En consecuencia, su percepción social es ya no sólo distinta, sino vista como ineficaz debido al estigma asociado, hecho este que exige un control estatal mediante la inclusión de este colectivo en instituciones. Esta visión, caracterizada por una percepción médica de la discapacidad, ha limitado enormemente las posibilidades integradoras de este paradigma, generando como consecuencia un efecto rechazo hacia la normalización de la discapacidad. El modelo médico implantó una respuesta de repudio hacia las personas con discapacidad que aún seguimos sufriendo como sociedad.

1.3. Modelo social

La aparición de diversos instrumentos jurídicos internacionales³⁷, y la subsiguiente tendencia al reconocimiento de las personas con discapacidad mediante *soft law*³⁸, originó el inicio de un cambio en la concepción de los derechos de las personas con discapacidad. El reconocimiento de la existencia y ejercicio de los derechos básicos universales a las personas con discapacidad, aún a pesar de la ausencia de menciones explícitas hacia este colectivo, era una de las demandas de este colectivo, que empezó a actuar de forma organizada. La universalidad subjetiva que se derivaba del panorama normativo exigía nuevas soluciones en materia de tratamiento de este colectivo. No obstante, el nacimiento del modelo social se produce a finales de la década de los años sesenta en Reino Unido. Los ciudadanos con discapacidad iniciaron protestas que reivindicaban la eliminación del estigma social asociado a la discapacidad y denunciaba la discriminación a la

³⁷ Tal y como enumera VALDÉS DAL-RE, F., "Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos", *op. cit.*, pág. 378, los tratados más importantes son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1966), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes (1984) y la Convención sobre los derechos del niño (1989).

³⁸ Un análisis en profundidad sobre las resoluciones de la Asamblea General de la ONU puede encontrarse en el apartado 2.2 de este estudio. Para un estudio más reducido, véase STEIN, M.A., "Disability Human Rights", *op. cit.*, págs. 87 a 91.

que se hallaban sometidos. La movilización de este colectivo, bajo el nombre de *Union of the Physically Impaired Against Segregation (UPIAS)*³⁹, desembocó en la progresiva desmedicalización y desinstitucionalización del tratamiento de las personas con discapacidad⁴⁰, surgiendo así el denominado paradigma social de tratamiento de la discapacidad⁴¹.

Este modelo concibe la discapacidad como un fenómeno social⁴², creado y modelado por la sociedad⁴³, rechazando así la existencia de limitaciones individuales⁴⁴. Antes al contrario, las raíces del problema se hallan en la sociedad⁴⁵, concebida como ente limitante de las posibilidades de las personas, que es incapaz de dar respuesta a las necesidades exigidas por la diversidad humana. En palabras de QUINN y DEGENER, la sociedad es el ente encargado de categorizar la existencia de diferencias entre las personas que la componen, aplicando así la etiqueta “persona con discapacidad” a aquellas personas que no se ajustan al canon estándar o mayoritario⁴⁶. Así, este paradigma cuestiona la

³⁹ Vid. KAYESS, R.; FRENCH, P., “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law Review*, vol. 8, 1, 2008, pág. 6.

⁴⁰ Vid. BARNES, C.; MERCER, G., *Disability*, Polity Press, Cambridge, 2003, pág. 33; FERREIROS MARCOS, CE, “Salud Mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario”, *Colección CERMI*, vol. 27, 2007, págs. 72-124 y PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., págs. 146-147.

⁴¹ En sentido contrario, véase PERMAN, L.G.; AUSTIN, G.F., *Societal Influences in Rehabilitation Planning: a Blueprint for the 21st Century*, National Rehabilitation Association, Alexandria, 1985; ASCH, A.; FINE, M., *Women with Disabilities: Essays in Psychology Culture and Politics*, Temple University Press, Philadelphia, 1988; BICKENBACH, J. ET AL, “Models of Disablement, Universalism and the International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps”, *Social Science & Medicine*, vol. 48, 1999, pág. 1174, que defienden la caracterización de la discapacidad como una cuestión puramente política, y ponen de relieve la necesidad de adoptar un enfoque centrado en la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, ya que se hallan ante barreras ambientales que les impiden actuar en igualdad de oportunidades.

⁴² Vid. VALDÉS DAL-RE, F., “El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos”, *Derecho de las relaciones laborales*, 1, 2018, pág. 1.

⁴³ Vid. STEIN, M.A., “Disability Human Rights”, op. cit., pág. 86, que sostiene que el entorno social desempeña un papel crucial en la creación del concepto de discapacidad.

⁴⁴ Tal y como señala VALDÉS DAL-RE, F., “Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos”, op. cit., pág. 372, “el problema principal [...] no reside en la persona del discapacitado, sino fuera de ella, en la sociedad, derivando de las estructuras, prácticas y comportamientos que impiden a determinadas personas hacer uso de sus capacidades”.

⁴⁵ Vid. OLIVER, M., *Understanding Disability: From Theory to Practice*, op. cit., pág. 32, que recuerda que el papel de la sociedad en el modelo social ya fue delimitado por UPIAS en 1976, advirtiendo que es la sociedad quien minusvalora las posibilidades de las personas con discapacidad y mantiene oprimido a este colectivo. Asimismo, DE ASIS ROIG, R., “Sobre el modelo social de la discapacidad: Críticas y éxito”, op. cit., pág. 1, sostiene que el modelo social entiende la discapacidad como una situación derivada de estructuras y condicionamientos sociales.

⁴⁶ Vid. QUINN, G.; DEGENER, T., “La aplicación de la autoridad moral: adopción de la perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos por conducto de las normas no vinculantes de las Naciones Unidas”, en *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Naciones Unidas, Ginebra, 2003., pág. 20.

discapacidad concebida como limitación individual o deficiencia⁴⁷, y la caracteriza como un fenómeno resultante de la interacción entre una patología y un entorno no adaptado. Nos encontramos, pues, ante una caracterización situacional que puede afectar a cualquier persona, abandonando así la atribución individualizada defendida por el modelo médico o rehabilitador⁴⁸.

De esta forma, la solución que se propone desde el modelo social es transformar las funciones de los poderes públicos y de la sociedad⁴⁹, y adoptar la accesibilidad y el diseño universal como estándar social, abandonando la idea de normalidad⁵⁰. Este enfoque fomenta la autonomía y la independencia de este colectivo, centralizando la toma de decisiones en la propia persona⁵¹. Se persigue, pues, adecuar la prestación de servicios a las necesidades funcionales de cada persona, a fin de destruir la concepción cultural de la existencia de una menor capacidad de estas personas para la ejecución de ciertas tareas⁵², y *rescatar las capacidades en vez de acentuar las discapacidades*⁵³. Asimismo, se integra la discapacidad como una característica de la sociedad humana, esto es, como un factor enriquecedor de la sociedad que aporta valor añadido⁵⁴. Así, se

⁴⁷ Tal y como señala PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., pág. 122-124, el modelo social distingue entre deficiencia, referida a la condición del cuerpo y de la mente, y discapacidad, entendida como restricciones sociales que se experimentan.

⁴⁸ En esta misma línea, véase DE ASIS ROIG, R., "Sobre el modelo social de la discapacidad: Críticas y éxito", op. cit., pág. 3, que sostiene que "el discurso de los derechos de las personas con discapacidad está, predominantemente, centrado en situaciones y no en identidades [...]". En esta misma línea, véase también PÉREZ BUENO, L.C.; DE LORENZO GARCÍA, R., "Los difusos límites de la discapacidad en el futuro: Hacia un nuevo estatuto de la discapacidad", en PÉREZ BUENO, L.C. (Coord.) y DE LORENZO GARCÍA, R. (Coord.), *Tratado sobre Discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 1553 que sostienen que "a diferencia del modelo médico, que se asienta sobre la rehabilitación de las personas, el modelo social pone énfasis en la rehabilitación de una sociedad [...]".

⁴⁹ Vid. VALDÉS DAL-RE, F., "El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad", op. cit., pág. 1.

⁵⁰ En este sentido, CUENCA GÓMEZ, P., "Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad", op. cit., pág. 7, sostiene el rechazo frontal del modelo social a la ideología de normalización, considerando "que la idea de normalidad no es neutra, sino que es algo impuesto por quienes responden —a los parámetros físicos y psíquicos del estereotipo culturalmente dominante".

⁵¹ Vid. QUINN, G.; DEGENER, T., "La aplicación de la autoridad moral: adopción de la perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos por conducto de las normas no vinculantes de las Naciones Unidas", op. cit., pág. 12; PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., pág. 141 y CUENCA GÓMEZ, P., "Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad", op. cit., pág. 7.

⁵² Vid. BICKENBACH, J., "Disability Human Rights Law and Policy", en ALBRECHT, G.L., SEELMAN, K. y BURY, M. (Eds.), *Handbook of Disability Studies*, vol. 1, Sage Publications, Estados Unidos de América, 2001, págs. 556-567.

⁵³ Vid. PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., pág. 105.

⁵⁴ Vid. DE ASIS ROIG, R., "Sobre el modelo social de la discapacidad: Críticas y éxito", op. cit., pág. 7.

pretende buscar un espacio en la sociedad en el que encaje la discapacidad⁵⁵, eliminando el estigma social asociado a este concepto.

Como puede observarse, el modelo social rechaza la asunción individual de la responsabilidad derivada de la discapacidad y enfatiza la caracterización de la condición de discapacidad como una cuestión social y no individual⁵⁶; supone el traslado de la responsabilidad del individuo hacia la sociedad, que debe ser accesible para toda la población. Esta característica ha revelado las limitaciones de las teorías tradicionales sobre igualdad⁵⁷, cuestión esta que, por su extensión y complejidad, escapa del ámbito material del presente estudio⁵⁸.

Por la naturaleza de este trabajo, conviene abordar la forma de concebir el derecho al trabajo de este colectivo en el marco del mencionado paradigma. El modelo social reivindica la aceptación de la diversidad humana, y ello significa abandonar la concepción de la Seguridad Social como única vía de subsistencia de este colectivo, o, en otras palabras, eliminar la cultura de las prestaciones, e iniciar la transición hacia una verdadera integración laboral. Las connotaciones inherentes a esta idea se dividen, pues, en una reformulación del sistema de Seguridad Social y el fomento de la incorporación de personas con discapacidad en entornos ordinarios.

Respecto al primer punto, el modelo social busca conjugar la tutela económica que ofrece la Seguridad Social y el empleo de este colectivo, de tal forma que la

⁵⁵ Tal y como señala PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., pág. 104, el paradigma social no niega el problema de la discapacidad, sino que lo sitúa dentro de la sociedad.

⁵⁶ Vid. CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, op. cit., pág. 34, que señala que la discapacidad “[...] pasa de ser contemplada como un déficit psíquico o físico a ser concebida como un déficit social, como una cuestión de exclusión y de discriminación [...]”

Otros autores, como por ejemplo FINKELSTEIN, V., “Disability: a Social Challenge or an Administrative Responsibility?”, en SWAIN, J. ET AL (Eds.), *Disabling Barriers - Enabling Environments*, Sage Publications, Londres, 1993, pág. 37, han sostenido la existencia de dos variantes dentro del modelo social: el modelo de muerte social y el modelo de barreras sociales, que pretenden concretar la variedad de formas que puede adoptar la opresividad de la sociedad defendida por OLIVER, M., *Understanding Disability: From Theory to Practice*, op. cit., pág. 34.

⁵⁷ Así lo señala KAYESS, R.; FRENCH, P., “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, op. cit., pág. 8.

⁵⁸ Para un examen en profundidad sobre esta cuestión, véase FREDMAN, S., “Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm?”, en LAWSON, A. (Ed.), *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Hart Publishing, Oxford, 2005, págs. 199-217.

existencia de una prestación no excluya la posibilidad de trabajar⁵⁹. Ello pone de manifiesto uno de los objetivos que persigue el modelo social en el ámbito de la protección social: la redefinición del papel de las prestaciones de Seguridad Social destinadas a las personas con discapacidad⁶⁰. Modificación esta que incluiría ya no sólo el aumento de la cuantía de las prestaciones a aquellas personas que no pueden incorporarse al mercado de trabajo⁶¹, sino también la creación de incentivos destinados a incorporar, ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial, beneficiarios de prestaciones con discapacidad en el mundo laboral.

Asimismo, el paradigma social de tratamiento de la discapacidad persigue la incorporación de las personas con discapacidad en entornos ordinarios. La premisa básica de la que parte el modelo social es la plena integración, ofreciendo como solución el diseño universal y la accesibilidad. En la práctica, esta idea se ha materializado normativamente mediante la creación de la obligación de realizar ajustes razonables, incluida en el artículo 5 de la Directiva 2000/78 y en el artículo 2 de la CIDPD y su Protocolo Facultativo, entre otras⁶². Si bien no es momento de detenerse en su caracterización, que será objeto de tratamiento más adelante⁶³, sí que es necesario dejar apuntado que el modelo social asume los ajustes razonables como mecanismo principal para transformar entornos⁶⁴, que aparentemente pueden ser considerados neutros.

Este planteamiento tiene una clara reivindicación de fondo, que no es otra que rebajar la importancia que, en realidad, ha ostentado el empleo protegido como vía de inserción laboral de este colectivo. En efecto, las notas segregadoras

⁵⁹ Tal y como denuncia PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., págs. 133-134, muchos países mantienen un esquema que impide la prestación de servicios a las personas con discapacidad que perciben subvenciones, pues de lo contrario pierden automáticamente el derecho a la prestación de Seguridad Social.

⁶⁰ Para un completo análisis en clave española, véase ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibídem, Madrid, 1999, págs. 245-269.

⁶¹ Sobre este problema, véase DE LORENZO GARCÍA, R., *El futuro de las personas con discapacidad en el mundo. Desarrollo humano y Discapacidad*, Fundación ONCE, Madrid, 2003, pág. 146.

⁶² Entre las nuevas fórmulas que se incluyen para la incorporación de las personas con discapacidad al mercado de trabajo encontramos la cuota de reserva o incentivos a las empresas que contraten a personas incluidas en este colectivo.

⁶³ Véase los capítulos 4 y 5 de esta obra.

⁶⁴ En este sentido, KAYESS, R.; FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", op. cit., pág. 9 afirma que los ajustes razonables tienen el potencial necesario para efectuar modificaciones estructurales sociales.

inherentes al trabajo protegido contribuyeron enormemente a proponer como solución la sustitución de los entornos protegidos por el incremento de la presencia de las personas con discapacidad en el medio ordinario⁶⁵.

Sin embargo, el modelo social de tratamiento de la discapacidad ha sido criticado a nivel doctrinal por su escaso éxito⁶⁶. Sin ánimo de realizar un examen exhaustivo de todas las limitaciones que presenta este paradigma⁶⁷, sí que es conveniente señalar que el modelo social plantea un problema de eficacia en su ejecución. Este paradigma critica el papel desempeñado por la sociedad y pretende reivindicar un enfoque integrador, basado en la adaptación de las principales instituciones a las distintas necesidades. Es indiscutible su potencial integrador, pero la centralización del problema en las sociedades dificulta la lucha contra la discriminación coordinada entre países, pues las circunstancias económicas y sociales de cada uno de ellos son distintas⁶⁸. En efecto, la desarmonización inherente al modelo social, fruto de la diversidad de sociedades existentes, es el mayor obstáculo al que se enfrenta este paradigma. La variación cultural de la discapacidad es un fenómeno que dificulta la lucha armonizada

⁶⁵ La manifestación más clara, aunque tardía, se produce en el artículo 27.1 de la CIDPD, que incluye la necesidad de que los entornos laborales sean abiertos, inclusivos y accesibles como manifestación del derecho al trabajo.

Esta idea ya fue tratada doctrinalmente por ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., pág. 202, que señaló “[...] la frecuente conversión de los CEE en reductos de trabajo marginalizados y alejados del mercado ordinario, [...]”, así como RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “El empleo de las personas con minusvalía”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 1999, págs. 28 y 29., que recuerda que “[...] todos los instrumentos y documentos internacionales insisten en el carácter subsidiario e incluso transitorio del trabajo en el medio protegido.” Para un estudio en profundidad sobre el empleo protegido y sus características, véase ESTEBAN LEGARRETA, R. (DIR.); PÉREZ AMORÓS, F. (DIR.), *La aplicación del derecho del trabajo en los centros especiales de empleo*, op. cit.

A nivel nacional, algunos países han sido especialmente sensibles a esta situación y han tomado medidas. El caso más paradigmático ha sido Estados Unidos que, mediante la STS *Olmstead v. L. C.*, 527 U.S. 581 (1999), prohibió la segregación laboral injustificada en centros especiales de empleo (sheltered workshops). Para un examen en detalle sobre la repercusión del caso *Olmstead*, véase MULLER, J.F., “*Olmstead v. L.C. and the Voluntary Cessation Doctrine: Toward a More Holistic Analysis of the Effectively Working Plan*”, *Yale Law Journal*, vol. 118, 2009, págs. 1013-1021 y BRENNAN-KROHN, Z., “*Employment for People with Disabilities: A Role for Anti-Subordination*”, *Harvard Rights Civil Liberties Law Review*, vol. 51, 2016, págs. 248-253.

⁶⁶ En este sentido, DE ASIS ROIG, R., “Sobre el modelo social de la discapacidad: Críticas y éxito”, op. cit., págs. 9-12, que denuncia la falta de plasmación del modelo social en la sociedad, especialmente en la Administración pública. Para un estudio más profundo sobre los defectos del modelo social, véase OLIVER, M., *Understanding Disability: From Theory to Practice*, op. cit., págs. 37-41.

⁶⁷ Para un estudio en profundidad de las críticas al modelo social, véase DE ASIS ROIG, R., “Sobre el modelo social de la discapacidad: Críticas y éxito”, op. cit., págs. 4 y ss.

⁶⁸ El mayor exponente de este problema es el concepto de persona con discapacidad, cuya significación puede variar enormemente entre países. De esta manera, es posible que una persona pueda ser considerada con discapacidad en un país y que en otro país no sea así. Esta circunstancia puede plantear distorsiones respecto al ejercicio de derechos reconocidos en textos internacionales, como por ejemplo la CIDPD.

contra la discriminación⁶⁹, especialmente en el seno de organizaciones internacionales como la UE, en el que la diversidad de países plantea retos en aras de desarrollar políticas armonizadas de integración de este colectivo.

Paralelamente, este modelo surge principalmente de las demandas del movimiento de vida independiente. Este movimiento social criticaba la organización de la sociedad, planteando así la creación de mecanismos modificadores que evidenciaban la necesidad de reconstruir estructuras sociales. Este paradigma enfoca la discapacidad como un fenómeno social, y ofrece alternativas para lograr la igualdad de oportunidades, pero desde un punto de vista no jurídico⁷⁰. En efecto, el modelo social *ha venido funcionando como un marco de emancipación y de liberación para las personas con discapacidad y para la sociedad*⁷¹, esto es, como instrumento de cambio⁷². No obstante, su traslación al ámbito del Derecho es prácticamente inexistente⁷³. La vocación reivindicativa de este paradigma es especialmente efectiva desde un punto de vista sociológico, pero no pretende transformar la política de tratamiento de discapacidad mediante la introducción de principios morales o valores⁷⁴.

Y este es el segundo de los problemas principales que presenta este modelo: la ausencia de una traslación sólida de sus valores en los ordenamientos jurídicos.

⁶⁹ Para un estudio en profundidad sobre la variación cultural de la discapacidad, véase OLIVER, M., "A Sociology of Disability or a Disablist Sociology?", en BARNES, L. (Ed.), *Disability and Society*, Longman, Reino Unido, 1996, págs. 28 y ss.

⁷⁰ En esta dirección, véase OLIVER, M., *Understanding Disability: From Theory to Practice*, op. cit., pág. 41, que enfatiza especialmente el carácter instrumental del modelo social, negando su categorización como teoría social, y SHAKESPEARE, T.; WATSON, N., "Defending the Social Model", *Disability & Society*, vol. 12, 2, 1997, pág. 298, que sostienen que el modelo social es un proceso de desarrollo, análisis e investigación. En sentido contrario, véase DE ASIS ROIG, R., "Sobre el modelo social de la discapacidad: Críticas y éxito", op. cit., pág. 3 *in fine*, que bajo la denominación "argumento de la torre de marfil", sostiene que "[...] las consecuencias que se quieren derivar del modelo social son difícilmente trasladables a la práctica".

⁷¹ Vid. SERRA, M.L., "Del paradigma al Derecho. El modelo social de la discapacidad y el modelo de los Derechos Humanos", *Papeles: el tiempo de los derechos*, vol. 15, 2016, pág. 4.

⁷² En este sentido, véase DEGENER, T., "A Human Rights Model of Disability", en BLANCK, P. (ed.) y FLYNN, E. (ed.), *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*, Routledge, Londres, 2017, págs. 31-50, que defiende la caracterización del modelo social como explicación de las estructuras sociales de discriminación.

⁷³ En sentido contrario, véase DE ASIS ROIG, R.; DE BARIFFI, F.; PALACIOS RIZZO, A., "Principios éticos y fundamentos jurídicos", en DE LORENZO GARCÍA, R. (Coord.) y PÉREZ BUENO, L.C. (Coord.), *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 83-113 y CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, op. cit., pág. 26, que afirman que el modelo social asume una mirada desde y hacia los derechos humanos, sosteniendo que las respuestas de este paradigma frente al fenómeno de la discapacidad consisten en poner en marcha políticas de derechos humanos.

⁷⁴ Vid. SERRA, M.L., "Del paradigma al Derecho. El modelo social de la discapacidad y el modelo de los Derechos Humanos", op. cit., pág. 8.

La construcción de este paradigma cumple con creces la pretensión de explicar el origen de la estigmatización hacia las personas con discapacidad, pero no ofrece soluciones concretas, o como mínimo, no se ha hallado la forma de ponerlo en práctica normativamente de forma efectiva. En este punto, es necesario clarificar que su influencia en los ordenamientos jurídicos ha sido innegable⁷⁵, pero ello ha sido una consecuencia no pretendida inicialmente por el paradigma, pudiendo calificarse como un efecto colateral que ha beneficiado la integración social de este colectivo.

1.4. Nuevos paradigmas en el tratamiento de la discapacidad

La visión del tratamiento de la discapacidad ofrecida hasta el momento permite apreciar una evolución hacia el reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derechos. El modelo social ha sido el paradigma que más posibilidades ofrece en orden a lograr la integración plena de este colectivo. No obstante, presenta algunas carencias que se han intentado suplir mediante la formulación de nuevos modelos, aún en gestación. En este sentido, el presente trabajo procederá al examen de dos de los más recientes paradigmas, a fin de ilustrar hacia dónde evoluciona el tratamiento de la discapacidad. A tal efecto, se han seleccionado el modelo de derechos humanos y el modelo de la diversidad funcional, que ilustran perfectamente cómo abordar los retos que plantea el modelo social.

1.4.1. Modelo de derechos humanos

El modelo de derechos humanos se presenta como una evolución del modelo social, dado que asume las mismas premisas de las que parte el modelo social,

⁷⁵ No son pocas las normas que han utilizado las ideas centrales del modelo social para plasmar mecanismos que persiguen la implementación efectiva de la igualdad. Tal y como señala, *ibid.*, pág. 6, el ejemplo más paradigmático es Estados Unidos, que será analizado en el apartado 4.1 de este estudio.

A nivel europeo, la resolución precursora fue la Comunicación de la Comisión de 30 de julio de 1996 sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía, momento en el cual la discapacidad paso a un plano principal en la agenda social europea y alcanzó su cénit con la Directiva 2000/78. Para un examen en profundidad sobre la implementación europea del modelo social, véase PRIESTLEY, M., ¡“We’re all Europeans now! The Social Model of Disability and European Social Policy”, en BARNES, C. (ed.), MERCER, G., *The Social Model of Disability: Europe and the Majority World*, The Disability Press, Leeds, 2005, págs. 17-31 y VANHALA, L., “Fighting Discrimination through Litigation in the UK: The Social Model of Disability and the EU Anti-Discrimination Directive”, *Disability & Society*, vol. 21, 5, 2006, págs. 551-565.

De hecho, el modelo social ha influenciado incluso las teorías de la justicia contemporáneas, tal y como señala DE ASIS ROIG, R., “Sobre el modelo social de la discapacidad: Críticas y éxito”, *op. cit.*, pág. 1.

es decir, la sociedad sigue manteniendo un papel muy destacado en la limitación de las capacidades de las personas. No obstante, en este caso se opta por el reconocimiento del valor intrínseco de las personas a fin de reconocer la contribución y participación de cada una de las personas que componen la sociedad. Como puede observarse, este paradigma destaca por asumir una concepción positiva de las capacidades de este colectivo⁷⁶, abandonando así un enfoque basado en la falta de competencias. Paralelamente, se presta especial atención a la dignidad intrínseca del ser humano⁷⁷, entre otras cuestiones⁷⁸, y plantea la discapacidad como un concepto social en el que la sociedad categoriza a las personas y genera obstáculos para el pleno ejercicio de los derechos. Así, mediante el derecho humano al desarrollo personal⁷⁹, y el enfoque de las capacidades de NUSSBAUM⁸⁰, se pretende el reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad en su propio desarrollo y alcanzar objetivos que no se logran actualmente con el modelo social.

Una de las virtudes que propugna este modelo es la incorporación de contenido jurídico que materialice las pretensiones del modelo social. Este paradigma centra todos sus esfuerzos en el reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derechos individuales⁸¹, lo que se traduce en una institucionalización jurídica⁸², –no prevista por el modelo social⁸³–, que permite que las personas con discapacidad tengan acceso real y efectivo a los derechos fundamentales. En

⁷⁶ En este sentido, véase STEIN, M.A., “Disability Human Rights”, *op. cit.*, pág. 107, que utiliza el término “talento” para referirse a capacidades únicas personales, y abandonar así el concepto de capacidad.

⁷⁷ Vid. QUINN, G.; DEGENER, T., “La aplicación de la autoridad moral: adopción de la perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos por conducto de las normas no vinculantes de las Naciones Unidas”, *op. cit.*, pág. 20.

⁷⁸ Tal y como señala STEIN, M.A., “Disability Human Rights”, *op. cit.*, pág. 93, este modelo integra, además de la dignidad como valor central, el derecho humano al desarrollo personal y la teoría de la profesora Nussbaum sobre las capacidades humanas.

⁷⁹ Esta teoría es, tal y como señala *Ibid.*, pág. 94, es el modelo sobre tratamiento de los derechos humanos más reciente, y surge de la Declaración del Derecho al Desarrollo de 1986 (Ref. A/Res/41/128).

⁸⁰ La teoría de las capacidades de la profesora Nussbaum puede examinarse en NUSSBAUM, M., *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Edimburgo, 2001. Un estudio en profundidad sobre la teoría de la profesora Nussbaum puede hallarse en DI TULLIO ARIAS, A., ¿“Hacia una justicia sin fronteras? El enfoque de las capacidades de Martha Nussbaum y los límites de la justicia”, *Revista internacional de filosofía*, vol. 58, 2013, págs. 51-68.

⁸¹ Vid. QUINN, G.; DEGENER, T., “La aplicación de la autoridad moral: adopción de la perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos por conducto de las normas no vinculantes de las Naciones Unidas”, *op. cit.*, pág. 11.

⁸² Vid. SERRA, M.L., “Del paradigma al Derecho. El modelo social de la discapacidad y el modelo de los Derechos Humanos”, *op. cit.*, pág. 7.

⁸³ Véase el apartado 1.3 *in fine* de este estudio. En este mismo sentido, véase también STEIN, M.A., “Disability Human Rights”, *op. cit.*, pág. 86, que advierte que este paradigma reconoce e instrumentaliza los derechos sociales, económicos y culturales de las personas con discapacidad.

particular, este paradigma ha cobrado especial importancia desde la aprobación de la CIDPD⁸⁴, que es considerada *una expresión directa de la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos*⁸⁵. Así, la ratificación de la CIDPD en los distintos países firmantes ha supuesto el inicio de la implementación jurídica del modelo social de tratamiento de la discapacidad.

Sin embargo, el paradigma de tratamiento de derechos humanos presenta algunas carencias. La más notoria es la excesiva especialidad jurídica que predica. Es decir, se enfatiza especialmente la existencia de un marco jurídico o de derechos, pero olvida otro tipo de actuaciones igualmente necesarias. Así, por ejemplo, la exigencia de intervenciones educativas de concienciación que propugnen la normalización de la sociedad y la inclusividad son dos de los aspectos que mejor ilustran este defecto⁸⁶.

Y, por último, conviene destacar que otro de los retos a los que enfrenta el paradigma de tratamiento de la discapacidad de derechos humanos es hallar el equilibrio entre un enfoque universal y particular. La diversidad existente entre las personas que integran este colectivo pone de manifiesto la necesidad de ofrecer soluciones de protección de alcance general para todas las personas y el diseño de mecanismos que fomenten la integración y el ejercicio de los derechos de personas con discapacidad con especiales dificultades, como por ejemplo aquellas personas con discapacidad intelectual.

1.4.2. Modelo de la diversidad funcional

El modelo de la diversidad funcional se presenta como un paradigma de tratamiento de la discapacidad que integra aspectos bioéticos para alcanzar la plena dignidad de las personas con discapacidad, consecuencia de las demandas

⁸⁴ Así lo señala LIDÓN HERAS, L., "Derechos humanos, discapacidad y toma de conciencia: artículo 8 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, un camino previo por recorrer", 2013, Universidad de Valencia, Valencia, pág. 92, que sostiene, con muy buen criterio, que "*hablar de modelo de derechos humanos sería difícil sin la CRPD, con ella se logra un estatus fundamental que visibiliza y relaciona discapacidad y derechos humanos, y que afirma la igualdad material, la autonomía y la dignidad*".

⁸⁵ Vid. CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, op. cit., pág. 42. En esta misma dirección, véase DEGENER, T., "A Human Rights Model of Disability", op. cit., pág. 32.

⁸⁶ Para un estudio en profundidad sobre esta cuestión, véase DE ASIS ROIG, R. ET AL, *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007, pág.11.

del movimiento de vida independiente⁸⁷. Este nuevo modelo surge como respuesta a los intentos fallidos de lucha contra la discriminación reivindicados por el modelo social, como consecuencia del fuerte arraigo del modelo rehabilitador⁸⁸.

Ante este escenario, se pretende la erradicación de la discriminación basada en la desmedicalización de la diversidad funcional. En particular, se persigue separar el ámbito social del médico, centrándose el primero de ellos en garantizar la igualdad de oportunidades, reservándose la esfera médica a brindar única y exclusivamente soluciones sanitarias⁸⁹. Para ello, se desvincula la dignidad a la capacidad de las personas, sosteniéndose que existen dos dimensiones de la dignidad: la intrínseca y la extrínseca⁹⁰. Esta distinción obedece a que cada una de ellas corresponde a ámbitos distintos, en los que la naturaleza de las actuaciones debe ser diferente⁹¹. De esta manera, el modelo de la diversidad funcional se aparta de la premisa central del modelo social, que no es otra que *aspirar a una normalidad estadísticamente incompatible con la diversidad que caracteriza a las personas con diversidad funcional*⁹².

De hecho, la pretensión de este paradigma es la de romper con modelos anteriores, e ir más allá de la polarización existente en los modelos médico y social⁹³. El histórico estigma negativo implícito en términos como “*minusválido*”, “*deficiente*” o “*inválido*”, entre otros, ha obligado a acuñar nuevos términos. En

⁸⁷ Un estudio en profundidad sobre este movimiento social puede hallarse en ARNAU RIPOLLÉS, M.S., “La Vida Independiente como fin de las políticas públicas de discapacidad”, en *El movimiento de vida independiente. Experiencias internacionales*, Fundación Luis Vives, 2013; PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., págs. 109-118; COLKER, R., *When is Separate Unequal*, Cambridge University Press, Nueva York, 2009; PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.), *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 469 y ss.; VANHALA, L., *Making Rights a Reality? Disability Rights Activists and Legal Mobilization*, Cambridge University Press, Nueva York, 2011; POWER, A. ET AL., *Active Citizenship and Disability. Implementing the Personalisation of Support*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013, entre otros.

⁸⁸ Vid. PALACIOS RIZZO, A.; ROMANACH, J., “El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)”, *Revista sociológica de pensamiento crítico*, vol. 2, 2, 2008., pág. 39.

⁸⁹ Vid. LIDÓN HERAS, L., “Derechos humanos, discapacidad y toma de conciencia: artículo 8 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, un camino previo por recorrer”, op. cit., pág. 90.

⁹⁰ Vid. PALACIOS RIZZO, A.; ROMANACH, J., “El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)”, op. cit., págs. 41-43.

⁹¹ Tal y como señala *Ibid.*, pág. 42, la defensa de la dignidad intrínseca debe realizarse en el campo dialéctico y conceptual, mediante la bioética. Por el contrario, la dignidad extrínseca, por su naturaleza instrumental, exige un examen desde el Derecho.

⁹² Vid. *Ibid.*, pág. 41.

⁹³ En efecto, ambos comparten el desplazamiento del problema del tratamiento de la discapacidad al individuo o a la sociedad, sin que exista un equilibrio o punto medio en ninguno de los dos paradigmas.

este sentido, este modelo de tratamiento elimina el término “discapacidad” y adopta la expresión “diversidad funcional”, que pretende ofrecer un carácter más neutro sobre la capacidad y posibilidades de actuación de este colectivo⁹⁴. Sin embargo, la voluntad de cambio se manifiesta en el abandono del término “normalización”, ya que el concepto normal no es más que una ficción estadística⁹⁵. Y asume, incluso, una perspectiva de género, integrando en su denominación tanto a mujeres como hombres con diversidad funcional⁹⁶.

Así, la diversidad es concebida como una riqueza o variación absolutamente necesaria en el desarrollo social, y, en consecuencia, se pretende sustituir el concepto de capacidad por el de dignidad, e implementar el término “diversidad funcional”⁹⁷, que incluye un nuevo enfoque de la discapacidad centrado en la bioética⁹⁸.

⁹⁴ Tal y como señala ROMANACH, J.; LOBATO, M., “Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano”. 2015, pág. 4, “*el término “diversidad funcional” se ajusta a una realidad en la que una persona funciona de manera diferente o diversa de la mayoría de la sociedad. Este término considera la diferencia de la persona y la falta de respeto de las mayorías, que en sus procesos constructivos sociales y de entorno, no tiene en cuenta esa diversidad funcional*”.

⁹⁵ Véase *Ibid.*, pág. 4 *in fine*.

⁹⁶ Véase *Ibid.*, pág. 8.

⁹⁷ Vid. CUENCA GÓMEZ, P., “Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad”, *op. cit.*, pág. 12, que sostiene el cambio terminológico como pretensión erradicadora del estigma negativo asociado al concepto discapacidad. Para un estudio en profundidad sobre la distinción entre discapacidad y diversidad funcional, véase LIDÓN HERAS, L., “Derechos humanos, discapacidad y toma de conciencia: artículo 8 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, un camino previo por recorrer”, *op. cit.*, págs. 67-70.

⁹⁸ Vid. PALACIOS RIZZO, A.; ROMANACH, J., “El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)”, *op. cit.*, págs. 42 y 45, que defiende el marco bioético como una “[...] *herramienta clave para el futuro de las personas con diversidad funcional*”. Para un estudio en profundidad sobre las connotaciones de la bioética en el tratamiento de la discapacidad, véase ASCH, A., “Disability, Bioethics, and Human Rights”, en ALBRECHT, G., SEELMAN, K., BURY, M. (eds.) *Handbook of Disability Studies*, Sage Publications, Estados Unidos de América, 2001, págs. 297-326 y WOLFBRING, G., “Disabilities Rights Approach Towards Bioethics?”, *Journal of Disability Policy Studies*, vol. 14, 2003, pág. 175-179.

CAPÍTULO 2: EL TRATAMIENTO INTERNACIONAL DE LA DISCAPACIDAD

Desde un punto de vista internacional, los actores que han intervenido en la evolución del tratamiento jurídico de la discapacidad son la OMS, la ONU y la OIT. Su papel no sólo se ha centrado en la aprobación de ciertas normas, sino que han propiciado una estandarización global de la inclusión social de las personas con discapacidad, y, además, han generado una toma de conciencia de la cuestión a los Estados. Ello ha repercutido en la creación de políticas legislativas y de empleo que persiguen la igualdad de oportunidades y la no discriminación, consolidando así un paradigma que acentúa a la persona con discapacidad como pleno sujeto de derechos.

Es por ello que el propósito de este capítulo consiste en ofrecer una visión internacional de las normas o resoluciones emitidas por los mencionados organismos, a fin de examinar cómo ha progresado el tratamiento de las personas con discapacidad desde un plano jurídico. No obstante, la cuestión terminológica en relación con el término “discapacidad” ha sido un fenómeno de notable interés, especialmente para apreciar con mayor detalle los matices en la evolución del tratamiento del mencionado concepto. En consecuencia, se profundizará en el análisis de la evolución del término “discapacidad” mediante un análisis multinivel de las normas más importantes que se han dictado en materia de discapacidad, donde podrá apreciarse como esta cuestión, que no figuraba inicialmente en las agendas políticas, ha tomado importancia, y se ha estandarizado actualmente como una prioridad a nivel mundial, prestando especial atención a la influencia de los paradigmas imperantes en cada momento temporal y a la evolución de la terminología.

De esta forma, la estructura de este segundo capítulo se inicia con una aproximación a la evolución terminológica del concepto “discapacidad”, a modo de contextualización previa al examen del tratamiento internacional de la discapacidad. Acto seguido, los apartados 2.2, 2.3 y 2.4 de este estudio se

reservan al examen cronológico de las normas y resoluciones más importantes dictadas por la OMS, la ONU y la OIT, respectivamente.

2.1. La evolución terminológica del concepto “discapacidad”

El concepto “discapacidad” ha sido un término cuya definición ha oscilado con el paso del tiempo entre distintas etapas, fruto de la existencia de distintos modelos que han modificado su noción, tal y como acabamos de examinar. No han sido pocas las ocasiones en las que ha sido matizado su significado jurídico, lo que revela prematuramente su importancia. Sin embargo, son los efectos que genera el propio término a nivel individual y social la verdadera razón de ser de la discusión terminológica del concepto.

Partiendo de la base de que el tratamiento jurídico de la discapacidad y su significación ha evolucionado junto con los distintos modelos o paradigmas, se observa que la definición del concepto discapacidad y sus connotaciones constituyen parcialmente la estructura de cada modelo. Ahora bien, el momento de transición entre unos modelos y otros, y sus efectos, no puede determinarse temporalmente de forma exacta, ya que se ha producido una superposición de modelos. La coexistencia de elementos conceptuales, políticos, legislativos y judiciales de distintos modelos se ha producido con cierta frecuencia, de tal suerte que ha dificultado con creces determinar el grado de eficacia de la implementación de políticas de tratamiento de la discapacidad asociadas a los nuevos modelos. Sin embargo, sí que podemos diferenciar inicialmente dos grandes escenarios que muestran, en líneas generales, cómo ha evolucionado el término “discapacidad”.

El primer de ellos se caracterizó por la utilización de distintas expresiones, por parte de los organismos internacionales, tales como *impedido*⁹⁹, *inválido*¹⁰⁰,

⁹⁹ Vid. Resolución 309 E (XI) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 13 de julio de 1950, cuyo apartado E plasma la necesidad de *desarrollar un plan de rehabilitación de personas físicamente impedidas* y recomienda a los Gobiernos miembros *que continúen sus esfuerzos en materia de rehabilitación social de personas impedidas y, en caso de que no lo hayan hecho, que examinen las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para ayudar a las personas físicamente impedidas a resolver los problemas especiales que se les plantean*, entre otras.

¹⁰⁰ Vid. Recomendación núm. 99 de la OIT de 22 de junio de 1955, sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, examinada en el apartado 2.4.1 de este estudio, que apela a la necesidad de

*retrasado mental*¹⁰¹, o *minusválido*¹⁰². Estos términos se corresponden al modelo de prescindencia¹⁰³, y rehabilitador¹⁰⁴, y reflejan el estigma social al que se sometía al colectivo que impedía el libre ejercicio de los derechos inherentes a cualquier persona con discapacidad. En consecuencia, no se tenían en cuenta los efectos obstaculizadores que el entorno podía generar en el normal desarrollo de la vida de la persona con discapacidad, conceptualizando la discapacidad como una categoría que escapaba de la diversidad propia de cualquier sociedad y suponía la exclusión de este colectivo.

El segundo escenario surgió con la utilización de la expresión “persona con discapacidad”¹⁰⁵. Esta coexistió inicialmente con los distintos términos ya señalados anteriormente, y se trata de una de las manifestaciones de la intención de transponer efectivamente el modelo de tratamiento social¹⁰⁶, surgido, a nivel terminológico, a finales de la década de los años sesenta del siglo XX¹⁰⁷. Si bien ya existían algunas normas previas de carácter internacional que asumieron dicha concepción¹⁰⁸, su irrupción supuso el énfasis en los condicionantes sociales en la determinación de la discapacidad. De esta forma, se afirma que, aun existiendo

instrumentar un proceso continuo y coordinado de adaptación y readaptación que comprende el suministro de medios -- especialmente orientación profesional, formación profesional y colocación selectiva -- para que los inválidos puedan obtener y conservar un empleo adecuado.

¹⁰¹ Vid. Resolución 2856 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971, por la que se aprueba la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental

¹⁰² Vid. Convenio núm. 142 de la OIT sobre el desarrollo de los recursos humanos de 23 de junio de 1975 y la Recomendación núm. 150 de la OIT sobre el desarrollo de los recursos humanos de idéntica fecha que el anterior instrumento internacional, que incluyen consideraciones relativas a personas con discapacidad, y en especial, facilitar el acceso a actividades de formación y orientación profesional y la adaptación del empleo y puestos de trabajo para procurarles ocupación. Para un estudio en profundidad sobre ambos textos jurídicos, véase el apartado 2.4.2 de esta obra.

¹⁰³ Para un examen del modelo de prescindencia, véase el apartado 1.1 de este estudio.

¹⁰⁴ Un análisis del modelo médico o rehabilitador puede hallarse en el apartado 1.2 de este estudio.

¹⁰⁵ La primera vez que se adoptó el término “persona con discapacidad” por las Naciones Unidas fue en la resolución 47/88, de 5 de abril de 1993, adoptada por la asamblea general. En esta, aún se utiliza el término “impedido”, pero nótese que en el punto 8.e de dicha resolución se refleja la voluntad de *finalizar la revisión de la traducción a los idiomas oficiales de las Naciones Unidas del programa de Acción Mundial, en particular de las expresiones “impairment”, “disability”, “handicap” y “disabled person”*. No obstante, conviene señalar que la primera manifestación jurídica del modelo social se produjo con la CIDDM, adoptada por la OMS en su 29ª Asamblea general (mayo de 1976) y publicada en 1980, tal y como señala BICKENBACH, J. ET AL, “Models of Disablement, Universalism and the International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps”, *op. cit.*, pág. 1174.

¹⁰⁶ Para una explicación en detalle a propósito de la irrupción del modelo de tratamiento social, véase el apartado 1.3 de este estudio.

¹⁰⁷ Vid. PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, *op. cit.*, pág. 106.

¹⁰⁸ En este sentido, el Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983 y la Recomendación núm. 168 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), de 20 de junio de 1983, proponen, en el ámbito del Derecho del Trabajo, eliminar los obstáculos que impiden la plena integración de las personas con discapacidad. Para un análisis en profundidad sobre ambos instrumentos internacionales, véase el apartado 2.4.2 de este estudio.

una dimensión médica en la discapacidad, las barreras que impiden la igualdad de oportunidades y el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad las constituyen los factores sociales¹⁰⁹. Asimismo, se produjo un cambio de connotación asociada al término; la naturaleza exclusiva, marginal y parcelada médicamente dejó paso a un enfoque inclusivo que exigía políticas integradoras que eliminasen la concepción de estereotipos culturales dominantes en nuestras sociedades. Sin embargo, esta visión se presenta *como un ideal a alcanzar*¹¹⁰, ya que no puede afirmarse que exista actualmente una materialización que se haya traducido en mecanismos que garanticen la plena igualdad de oportunidades.

El interés de diferenciar la evolución del término “discapacidad” en dos grandes escenarios pretende simplificar, en un momento inicial del presente estudio, las oscilaciones extremas que ha experimentado. Es evidente que se ha invertido radicalmente la tendencia, en pos de una integración plena de las personas con discapacidad, pero donde reside el valor del cambio es en el *iter* que jurídicamente han seguido las instituciones, ya que han existido distintos estadios que merecen una especial atención.

2.2. Organización Mundial de la Salud

La OMS ha tenido un papel predominante en el tratamiento de la discapacidad desde un punto de vista científico. Sin embargo, las normas aprobadas por esta organización han expandido sus efectos hacia otras instituciones de carácter internacional, que han asumido las definiciones científicas como sustrato sobre el que concebir políticas de tratamiento del colectivo en cuestión. En concreto, dos son las normas que destacan por su repercusión: la CIDDM y la CIF.

¹⁰⁹ En este sentido, véase BICKENBACH, J. ET AL, “Models of Disablement, Universalism and the International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps”, *op. cit.*, pág. 1173, que afirma que, aún existiendo una faceta médica de relativa importancia a propósito de la determinación del concepto de discapacidad, la verdadera importancia la asumen características del entorno a nivel social, que es el factor que crea las desventajas que sufren las personas con discapacidad.

¹¹⁰ Vid. PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, *op. cit.*, pág. 105.

2.2.1. La Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías

La CIDDM fue el primer texto, de naturaleza médica, que estableció un marco de referencia para la determinación y clasificación de discapacidad, y *modificó la concepción clásica de enfermedad y estableció una clasificación de las consecuencias que esta deja en el individuo, a nivel físico y personal, y como afecta a su relación con la sociedad*¹¹¹.

La estructura de este instrumento se construye mediante la distinción entre tres niveles de menor a mayor afectación a la persona en cuestión, a saber: deficiencia¹¹², discapacidad¹¹³ y *minusvalía*¹¹⁴. La construcción de los conceptos referidos toma como base una situación inicial de enfermedad, y añade elementos de forma gradual, estableciéndose así una relación causal cuya importancia determinará si la persona se clasifica en uno u otro grupo. La manifestación de las consecuencias de la enfermedad seguía, según la CIDDM, un esquema que se iniciaba con la alteración de la salud, continuaba con la exteriorización de los síntomas (deficiencia), proseguía con la afectación a una o varias actividades (discapacidad) y finalizaba con la aparición de una situación desventajosa que afectaba negativamente a la participación social (*minusvalía*).

A fin de lograr una clasificación ajustada a cada situación individual, la CIDDM incluye para cada nivel una serie de subgrupos definidos en los que se contiene la correspondiente definición del grupo, distintas patologías y escalas de apreciación

¹¹¹ Vid. EGEA GARCÍA, C.; SARABIA SÁNCHEZ, A., "Clasificación de la OMS sobre discapacidad", *Boletín Real patronato sobre Discapacidad*, vol. 50, 2001, pág. 16.

¹¹² La deficiencia es definida, *desde la experiencia de la salud, como toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica*. Pueden clasificarse en: intelectuales; otras psicológicas; del lenguaje; de la audición; de la visión; viscerales; musculoesqueléticas; desfiguradoras; generalizadas; sensitivas; y otras. Este concepto, en el marco de la CIDDM y desde una perspectiva médica, es estudiado pormenorizadamente en DICKSON, H.G., "Problems with the ICIDH Definition of Impairment", *Disability and rehabilitation*, vol. 18, 1, 1998, págs. 52-54.

¹¹³ La discapacidad se caracteriza, *desde la experiencia de la salud, como toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano*.

¹¹⁴ La *minusvalía* es, *desde la experiencia de la salud, una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de su edad, sexo, o factores sociales y culturales)*.

a modo de determinar el porcentaje de afectación a la vida de la persona en cuestión.

La citada clasificación fue bien recibida en un momento inicial, dado que ideó un planteamiento multinivel que permitía categorizar médicamente y facilitaba la concepción de políticas de actuación¹¹⁵. Además, introdujo la repercusión de la discapacidad en el desarrollo social de la persona como categoría autónoma (*minusvalía*), que fue una primera manifestación de la asimilación institucional del modelo social en el tratamiento de las personas con discapacidad¹¹⁶. Finalmente, debe destacarse el impacto que supuso a nivel terminológico, ya que se produjo una distinción de conceptos que, hasta la fecha, se habían identificado erróneamente como sinónimos. La creación de distintas definiciones fomentó un esquema categorizador que reflejaba la incidencia de la discapacidad en distintos ámbitos de la vida y permitía una mejor contextualización de la intervención médica y social.

Sin embargo, la CIDDM presenta una serie de puntos que han sido duramente criticados. El primero de ellos está relacionado con la distinción multinivel, la relación entre las distintas categorías y el enfoque de carácter negativo. Teóricamente, la triple configuración que presentaba la CIDDM se consideró un gran avance por la diferenciación ya referida anteriormente, pero carece de una caracterización unitaria. En efecto, la CIDDM construye las definiciones de los distintos grupos partiendo de la enfermedad como punto inicial y define la

¹¹⁵ En este sentido, JIMÉNEZ LARA, A., "Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes", *op. cit.*, pág. 191, señala que el esquema propuesto en la CIDDM " [...] contribuyó a establecer una estrategia de actuación que combinaba la prevención (dirigida fundamentalmente a evitar la aparición de las deficiencias), la rehabilitación (dirigida a evitar que las deficiencias se concretaran en discapacidades o a minimizar sus efectos sobre el nivel de actividad del individuo) y la equiparación de oportunidades (dirigida a evitar que las deficiencias y las discapacidades supusieran para las personas situaciones de desventaja social)."

A mayor abundamiento, CASADO PÉREZ, D., "Conceptos sobre la discapacidad. Apuntes", *Boletín Real Patronato sobre Discapacidad*, vol. 50, 2001, pág. 6, apunta la importancia que supuso para las políticas de tipo colectivo, toda vez que permite ajustar de forma óptima su grado de actuación y coste al ámbito específico.

¹¹⁶ Véase, en este sentido, BLANCO EGIDO, E.; SÁNCHEZ SALCEDO, A.M., "Enfoque de la discapacidad en los organismos internacionales", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, vol. 65, 2006, pág. 40 y FAVALLI, S.; FERRI, D., "Defining Disability in the European Union Non-discrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Restraints", *European Public Law*, vol. 22, 3, 2016, pág. 546, que afirman la contribución al concepto de discapacidad que supuso la CIDDM, al aportar "[...] una perspectiva de lo social [...] que ayudó a avanzar hacia la toma en consideración del entorno en la valoración de las consecuencias de la discapacidad".

minusvalía como una *discapacidad compleja*¹¹⁷, lo que ha generado una interpretación causal y unidireccional¹¹⁸. Este planteamiento suponía clasificar a las personas desde una perspectiva negativa, describiendo de manera detallada aquellos aspectos perdidos o limitados. Tal enfoque dista mucho de ser coherente con el modelo que pretendía introducirse, toda vez que hubiera resultado mucho más interesante determinar qué habilidades se conservan en la persona para eliminar el estigma o asociación automática entre los conceptos “enfermedad” y “discapacidad”.

Paralelamente, y en estrecha relación con esta cuestión, un segundo defecto que presenta la CIDDDM es la superposición de sus definiciones. Este problema trae causa en la caracterización de las definiciones a partir del estado “enfermedad”, lo que genera conceptualizaciones sumamente extensas y arbitrarias. La construcción multinivel de la CIDDDM pretende “clasificar” las patologías de cualquier persona, a fin y efecto de determinar la existencia de una deficiencia, minusvalía o discapacidad, pero el sistema por el que se opta ignora que las situaciones patológicas pueden afectar de forma distinta a cada persona en función de sus circunstancias. Y en este sentido, la CIDDDM no valora circunstancias culturales o temporales que podrían modificar la calificación de una persona¹¹⁹. De esta forma, se produce la existencia de situaciones que, sin posibilidad de encuadrarse como deficiencia ni discapacidad, pueden producir una minusvalía¹²⁰; o determinadas minusvalías pueden llegar a causar discapacidades¹²¹.

¹¹⁷ Así lo identifican HABER, L.D., “Trends and Demographic Studies on Programs for Disabled Persons”, en PERMAN, L.G., AUSTIN, G.F. (eds.) *Social influences in Rehabilitation Planning: Blueprint for the 21st Century*, National Rehabilitation Association, Estados Unidos de América, 1985, pág. 27; WIERSMA, D., “Psychological Impairments and Social Disabilities: On the Applicability of the ICIDH to Psychiatry”, *International Rehabilitative Medicine*, vol. 8, 1986, pág. 3; COLVERZ, A.; ROBINE, J.M., “Problems Encountered in Using the Concepts of Impairment, Disability and Handicap in a Elath Assesment Survey of the Elderly in Upper Normandy”, *International Rehabilitative Medicine*, vol. 8, 1986, pág. 18; BICKENBACH, J. ET AL, “Models of Disablement, Universalism and the International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps”, *op. cit.*, pág. 1175 *in fine*.

¹¹⁸ Tal y como señala VÁZQUEZ BARQUERO, J.L., “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF): antecedentes, marco conceptual y estructura”, *Papeles médicos*, vol. 10, 4, 2001, pág. 178, el modelo en el que se basaba la CIDDDM replicaba el modelo médico de enfermedad, estableciendo una secuencia que va desde el trastorno a la minusvalía, pasando por la discapacidad y la deficiencia.

¹¹⁹ Véase, por ejemplo, la dislexia en una sociedad cuyo sector económico principal es el primario.

¹²⁰ Vid. EGEA GARCÍA, C.; SARABIA SÁNCHEZ, A., “Clasificación de la OMS sobre discapacidad”, *op. cit.*, pág. 17, que identifica como ejemplo de esta situación un niño portador de VIH que se encuentra en situación desventajosa en actos sociales donde no puede participar en igualdad de condiciones. Un ejemplo parecido,

Un tercer aspecto de interés es la falta de concreción en la explicación de los términos “deficiencia”, “discapacidad” y “minusvalía”. Algunos autores han tratado la distinción entre los distintos conceptos¹²², remarcando que los citados términos se utilizan de forma habitual como sinónimos. De ahí, la necesidad de utilizar palabras neutrales para distinguir entre una y otra definición y eliminar paralelamente las connotaciones sociales y culturales negativas¹²³. A ello, debe sumársele la utilización de un lenguaje extremadamente ambiguo, que caracteriza la CIDDM como una mera clasificación de las limitaciones de las personas con discapacidad.

Finalmente, y desde un punto de vista paradigmático, se observa que, si bien la pretensión de trasladar el modelo social de tratamiento de la discapacidad estaba presente desde el momento inicial, en la práctica se produjo una adopción parcial de dicho modelo, toda vez que no existe ninguna referencia a los factores sociales que originan el concepto de minusvalía. Conviene destacar en este punto que el enfoque de la CIDDM es eminentemente individual, y en particular, las únicas referencias realizadas al papel del entorno en la determinación de la discapacidad se centran exclusivamente en cómo afecta la limitación individual en algunos campos de la vida cotidiana. Tal proceder no es consecuente con las pretensiones del modelo social, porque focaliza la atención en las habilidades de la persona analizada, a los únicos efectos de categorizarla. La CIDDM debería abogar por asumir la normalidad de la discapacidad como premisa y reformular las definiciones de “deficiencia”, “discapacidad” y “minusvalía”¹²⁴, estableciendo

el de una persona con VIH, es utilizado por SCHUNTERMANN, M.F., “The International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps (ICIDH) – Results and Problems”, *International Journal of Rehabilitation*, vol. 19, 1996, pág. 7, para afirmar que la presencia de una deficiencia o discapacidad no es una condición *sine qua non* para la existencia de una minusvalía.

¹²¹ De nuevo, véase EGEA GARCÍA, C.; SARABIA SÁNCHEZ, A., “Clasificación de la OMS sobre discapacidad”, *op. cit.*, pág. 17, que ofrece como ejemplo la situación en la que una persona afectada de ciertos trastornos mentales podría hallarse en situación de minusvalía (desventaja social derivada del propio trastorno) que pudiera llegar a causar discapacidad, consistente en la limitación de su capacidad para desarrollar un trabajo remunerado a causa de la propia enfermedad.

¹²² Vid. BRANDSMA, J.W., “Reflection on the Definition of Impairment and Disability as Defined by the World Health Organization”, *Disability and Rehabilitation*, vol. 17, 3/4, 1995, págs. 119-127.

¹²³ Vid. *Ibid.*, pág. 126.

¹²⁴ En cuanto al alcance de la reformulación, una propuesta alternativa comentada puede hallarse en SCHUNTERMANN, M.F., “The International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps (ICIDH) – Results and Problems”, *op. cit.*, pág. 7, que aconseja, entre otros, que el término “minusvalía” se reformule como aquella perturbación en el equilibrio del entorno de la persona con discapacidad.

Asimismo, también de interés las propuestas realizadas por BRANDSMA, J.W., “Reflection on the Definition of Impairment and Disability as Defined by the World Health Organization”, *op. cit.*, págs. 123 y 125,

conexiones entre las patologías, el concepto de discapacidad, y los factores sociales limitativos del entorno, de tal suerte que el resultado fuere la detección de las desventajas que genera el entorno¹²⁵ y la valoración de cómo afectan a la persona con discapacidad.

Es por ello por lo que puede afirmarse que la CIDDM, aun distinguiendo entre los conceptos “deficiencia”, “discapacidad” y “minusvalía”, no contribuyó a destruir las barreras sociales que impedían el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, así como tampoco a determinar qué adaptaciones debían aplicarse a cada ámbito para hacer efectiva la igualdad de oportunidades del citado colectivo. Se trata, pues, de una clasificación médica que permite diagnosticar los cambios en las habilidades de la persona, pero que en ningún caso permite detectar cuáles son los factores sociales que generan tales cambios.

2.2.2. La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud

La CIF pretendió elaborar una versión mejorada y revisada de la CIDDM¹²⁶, que con el paso de los años había manifestado una serie de carencias, ya expuestas

que plantea la deficiencia como la pérdida o desviación de una estructura anatómica o una función fisiológica o psicológica, tomando en consideración la edad de la persona en cuestión, y la discapacidad como la pérdida o desviación, tanto cualitativas como cuantitativas, del desarrollo de una actividad o comportamiento de una persona esperado o deseado, teniendo en consideración la edad, el sexo, y el entorno físico, social y cultural.

¹²⁵ En este sentido, véase FOUGEYROLLAS, P., “Documenting Environmental Factors for Preventing the Handicap Creation Process: Quebec Contributions relating to ICIDH and Social Participation of People with Functional Differences”, *Disability and Rehabilitation*, vol. 17, 3-4, 1993, págs. 145-153, que es partidario de catalogar los factores de riesgo, denominados obstáculos del entorno, dentro del concepto de minusvalía.

¹²⁶ Los cambios principalmente se reducen a la incorporación de nuevos términos y conceptos y la reestructuración de algunos ya presentes en la CIDDM, tales como la reformulación de la escala de deficiencias de la CIDDM, la introducción de la escala de factores ambientales, la aparición de los dominios (conjuntos de ítems interrelacionados) y los constructos (elementos que permiten calificar la gravedad de otro ítem), entre otros.

Para conocer en profundidad los detalles del proceso de revisión que sufrió la CIDDM, véase VÁZQUEZ BARQUERO, J.L. ET AL, “La discapacidad: modelos interpretativos y su influencia en el nuevo Sistema de Clasificación de Discapacidades de la Organización Mundial de la Salud (CIDDM-2)”, *Archivos de Psiquiatría*, vol. 63, 1, 2000, págs. 15-16; EGEA GARCÍA, C. Y SARABIA SÁNCHEZ, A., “Clasificación de la OMS sobre discapacidad”, *op. cit.*, págs. 18-19; VÁZQUEZ BARQUERO, J.L., “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF): antecedentes, marco conceptual y estructura”, *op. cit.*, págs. 178-179; JIMÉNEZ BUÑUALES, M.T.; PAULINO GONZÁLEZ, D.; MARTÍN MORENO, J.M., “La clasificación internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la salud (CIF) 2001”, *Revista Española de Salud Pública*, vol. 76, 2002, págs. 274-275; PANTANO, L., “Clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud (CIF): la versión en lengua española”, *Siglo Cero: Revista Española sobre discapacidad intelectual*, vol. 34, 35, 2003, págs. 30-32; HERRERA-CASTAÑEDO, S.; VÁZQUEZ BARQUERO, J.L.; GAITE PINDADO, L., “La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la

con anterioridad¹²⁷. En este sentido, la CIF, a diferencia de la CIDDM, no pretende clasificar personas, sino describir su situación dentro de un conjunto de dominios de salud. Así pues, aún adoptando la denominación de clasificación¹²⁸, no ostenta finalidad clasificatoria, sino descriptiva.

En líneas generales, la CIF supuso un cambio muy significativo, pues reformula la caracterización del tratamiento de la discapacidad. En concreto, abandona la enfermedad como premisa y enfatiza el papel de los componentes de la salud¹²⁹, estableciendo a tal efecto un marco conceptual claro, a la par que complejo, que organiza y relaciona conceptos como bienestar, estado de salud o calidad de vida, y contribuye, en última instancia, a la comprensión de la salud humana¹³⁰. Este nuevo planteamiento asume el enfoque del modelo bio-psicosocial¹³¹, y va más allá de adoptar una mera aproximación al modelo social, tal y como sucedía en la CIDDM. Esta circunstancia ha permitido reconsiderar la importancia y afectación de algunas patologías que, por su naturaleza mental, pasaban inadvertidas hasta el momento a efectos de su determinación como discapacidad o minusvalía¹³².

Paralelamente, la CIF abandonó el concepto “*minusvalía*”¹³³, y da mayor relevancia al término “discapacidad” mediante dos cambios significativos. El

Discapacidad y de la Salud (CIF)”, *Rehabilitación: Revista de la Sociedad Española de Rehabilitación y Medicina Física*, vol. 42, 6, 2008., págs. 270-271.

¹²⁷ Vid. apartado 2.21 de este estudio.

¹²⁸ Conviene señalar en este punto que la adopción de las siglas CIF para esta nueva clasificación no es casual. Tal y como identifican EGEA GARCÍA, C.; SARABIA SÁNCHEZ, A., “Clasificación de la OMS sobre discapacidad”, *op. cit.*, pág. 20., las razones que fundamentaron la transformación de la denominación de la clasificación, inicialmente denominada CIDDM, fueron dos: a) Asociación de la nueva clasificación a la clasificación internacional de enfermedades (CIE); y b) Transmitir una voluntad de cambio respecto a la CIDDM.

¹²⁹ Significativa es, al respecto, la mención que la propia CIF plasma en la pág. 2, en la cual se refleja que la “*La CIF ha pasado de ser una clasificación de consecuencias de enfermedades (versión de 1980) a una clasificación de componentes de la salud*”

¹³⁰ Véase FERNÁNDEZ-LÓPEZ, J.A., “Funcionamiento y discapacidad: La Clasificación Internacional del Funcionamiento (CIF)”, *Revista Española de Salud Pública*, vol. 83, 2009, pág. 781.

¹³¹ Vid. BICKENBACH, J. ET AL, “Models of Disablement, Universalism and the International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps”, *op. cit.*, pág. 1183, que caracteriza al modelo biopsicosocial como una síntesis de la aproximación médica y social del tratamiento de la discapacidad. Se trata, en consecuencia, de entender la discapacidad como una interacción entre las habilidades de las personas, el entorno y el contexto sociocultural, determinando si se deriva alguna limitación de dicha relación.

Paralelamente, conviene añadir que el enfoque biopsicosocial que asume la CIF se deriva de la *inclusión de un apartado (segunda parte) dedicado a los factores contextuales*, tal y como señalan EGEA GARCÍA, C.; SARABIA SÁNCHEZ, A., “Clasificación de la OMS sobre discapacidad”, *op. cit.*, pág. 20.

¹³² Así lo identifica JIMÉNEZ BUÑUALES, M.T. ET AL, “La clasificación internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la salud (CIF) 2001”, *op. cit.*, pág. 276, que señala que “*este enfoque neutral sitúa a los trastornos mentales al mismo nivel que las enfermedades físicas y ha contribuido al reconocimiento y documentación de la carga mundial de trastornos depresivos [...]*”.

¹³³ Vid. ÜSTÜN, T.B. ET AL, *Disability and culture: Universalism and Diversity*, Hogrefe & Huber Publishers, Estados Unidos de América, 2001, pág. 6 que detalla como en el proceso de revisión de la CIDDM, se decidió

primero es la dimensión universal que adquiere el término, dado que se vincula al concepto “salud”, asumiendo *que todos podemos experimentar en un momento determinado de nuestra vida un deterioro de la salud, y por tanto, un cierto grado de discapacidad*¹³⁴. Así, la CIF va un paso más allá en la asunción del modelo social de tratamiento de la discapacidad y rompe con la asociación automática de la discapacidad a determinados grupos sociales. En segundo lugar, la discapacidad ya no se caracteriza como una parcela distinta dentro de las consecuencias de la enfermedad, lo que contribuía enormemente a genera estigma social. Se opta, pues, por generalizar el término para todas las condiciones de salud negativas incorporadas en la CIF. De esta manera, se produce lo que algunos autores han denominado la globalización del término “discapacidad” como expresión que comprende los tres ámbitos de dificultad funcional¹³⁵.

Sin embargo, la gran novedad de la CIF es la implementación de un enfoque neutral. La terminología utilizada omite realizar asociaciones entre enfermedades y alteraciones de los componentes de salud, de tal forma que *personas que padecen un trastorno mental o físico [...] puedan experimentar limitaciones en actividades o restricciones en la participación social de naturaleza similar o distinta*¹³⁶. De hecho, sustituye las nociones de discapacidad y minusvalía por las expresiones “limitaciones en la actividad” y “restricciones en la participación”. Además, cada componente puede ser expresado tanto en términos positivos como negativos¹³⁷, lo que realza aún más la neutralidad pretendida por la

que la nueva clasificación (CIF) no incluiría el término “minusvalía” en aras de que discapacidad se convirtiese en el término estándar que indicase todo el proceso. En este sentido, la liberación de connotaciones funcionales del vocablo discapacidad ayudó a afianzar la eliminación de minusvalía en las posteriores clasificaciones.

¹³⁴ Vid. FERNÁNDEZ-LÓPEZ, J.A., “Funcionamiento y discapacidad: La Clasificación Internacional del Funcionamiento (CIF)”, *op. cit.*, pág. 776. En este mismo sentido, véase BICKENBACH, J. ET AL, “Models of Disablement, Universalism and the International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps”, *op. cit.*, pág. 1184, que afirma que la discapacidad es entendida como una variación identificable del funcionamiento humano.

¹³⁵ Véase ÜSTÜN, T.B. ET AL, *Disability and culture: Universalism and Diversity*, *op. cit.*, pág. 6, cuya traducción en español puede hallarse en EGEA GARCÍA, C.; SARABIA SÁNCHEZ, A., “Clasificación de la OMS sobre discapacidad”, *op. cit.*, pág. 24.

¹³⁶ Vid. BICKENBACH, J. ET AL, “Models of Disablement, Universalism and the International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps”, *op. cit.*, pág. 1184 *in fine*.

¹³⁷ La salud, que es el componente por excelencia que protagoniza la CIF, podrá describirse como positiva, caracterizada por las funciones y estructuras corporales, la actividad y la participación; o bien negativa, mediante las deficiencias, las limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación. A ello, ha de sumársele necesariamente la intervención de los factores contextuales, cuya presencia podrá ser positiva si

clasificación. De esta forma, la clasificación estandariza la discapacidad como una característica o factor que puede afectar a toda la población, y, en consecuencia, obliga indirectamente a los Estados a plantear su tratamiento desde un punto de vista universal¹³⁸.

Desde un punto de vista estructural, la CIF parte de un concepto de discapacidad que ostenta tres manifestaciones: funciones y estructuras corporales, actividad y participación. Tales dimensiones son el esqueleto conceptual de la CIF, y su ausencia o alteración supondrá la existencia de deficiencias, limitaciones y/o restricciones, respectivamente.

Así, se configura una primera parte, que se ocupa de funcionamiento y discapacidad, y otra segunda, que se encarga de factores contextuales. Cada una de ellas consta, a su vez, de dos componentes. Para la primera, se distinguen el componente “cuerpo”¹³⁹ y el componente “actividades y participación”¹⁴⁰. En cuanto a la segunda, se observa el componente “Factores ambientales”¹⁴¹, y el componente “Factores personales”¹⁴².

La CIF relaciona tales conceptos de forma múltiple, desarrollando distintas interacciones entre ellos. En un primer nivel, puede observarse que los Estados de salud interactúan recíprocamente con las tres manifestaciones básicas de la

facilita la superación de las deficiencias, limitaciones en la actividad o restricciones en la participación, o negativa si se constituye como un obstáculo para el pleno desarrollo de la persona en cuestión.

¹³⁸ Sobre esta cuestión, especialmente interesantes son las aportaciones de ZOLA, I.K., “Toward the Necessary Universalizing of a Disability Policy”, *Milbank Quarterly*, vol. 83, 4, 2005, págs. 1-27, que sostiene la necesidad de reconocer que toda la población se halla en situación de riesgo respecto a la discapacidad, lo que requiere ineludiblemente una política universal de tratamiento de la discapacidad. Un análisis más detallado puede hallarse en VÁZQUEZ BARQUERO, J.L. ET AL., “La discapacidad: modelos interpretativos y su influencia en el nuevo Sistema de Clasificación de Discapacidades de la Organización Mundial de la Salud (CIDDM-2)”, *op. cit.*, págs. 9-10.

¹³⁹ Se incardinan dentro de este término “[...] todas las funciones fisiológicas de los sistemas corporales, incluyendo las funciones psicológicas. Con “cuerpo” nos referimos al organismo humano como un todo, y por tanto se incluye la mente en la definición. Por ello, las funciones mentales (o psicológicas) están incluidas dentro de las funciones corporales”, tal y como señala HERRERA-CASTAÑEDO, S. Y OTROS, “La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)”, *cit.*, pág. 272.

¹⁴⁰ Por actividades se entiende “[...] la realización de una tarea o acción por una persona. Representa la perspectiva del individuo respecto al funcionamiento”, tal y como señala *Ibid.*, pág. 272.

¹⁴¹ Estos factores constituyen el ambiente físico, social y actitudinal en el que las personas viven y conducen sus vidas. Se tratan, pues, de influencias externas sobre el funcionamiento y la discapacidad entre las que se incluyen productos, tecnología, entorno natural y cambios en el entorno derivados de actividad humana, entre otros.

¹⁴² Se definen como las características de la persona y estilos de vida, y son, en puridad, aquellas influencias internas sobre el funcionamiento y la discapacidad. Atendiendo a su variabilidad social y cultural, la CIF no los clasifica, pero ello no impide que los usuarios puedan incorporarlos al utilizar la clasificación, tal y como señala HERRERA-CASTAÑEDO, S. Y OTROS, “La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)”, *cit.*, pág. 272.

discapacidad, de tal forma que *los Estados de salud tienen consecuencias en todos los componentes del funcionamiento (corporal, actividad y participación)*¹⁴³, y [...] *los componentes del funcionamiento tienen directa repercusión sobre los Estados de salud, en tanto que condicionan la posible aparición de nuevas alteraciones (trastornos o enfermedades)*¹⁴⁴. Paralelamente, los distintos componentes del funcionamiento se relacionan entre sí mediante interacciones en ambos sentidos y se ven influidos por los factores contextuales¹⁴⁵, cuya actuación puede estar condicionada por las circunstancias que influyan en los componentes del funcionamiento¹⁴⁶.

De esta forma, tenemos un entramado de interconexiones entre conceptos mucho más complejo que el previsto por la CIDDM, que favorece sinergias que reflejan y permiten determinar con cierta exactitud en qué situación se halla una persona con alteraciones de los componentes de salud.

En este orden de cosas, conviene señalar que la CIF incluye un esquema exhaustivo de los factores contextuales, caracterizándolos como un componente esencial de la clasificación, fruto de concebir el funcionamiento y la discapacidad como proceso o resultado entre las interacciones que se producen entre salud y factores contextuales. La valoración de estos factores, que es una de las novedades más significativas que aporta la CIF, ha querido plasmar una cierta relevancia en su valoración estableciendo, respecto al funcionamiento, la distinción entre facilitadores o barreras.

En consecuencia, todos estos cambios permiten una determinación mucho más ajustada del origen y los efectos de la discapacidad, así como asociar a cada dimensión una intervención distinta y personalizada más adecuada a las características individuales de cada persona y a los entornos sociales en los que se relacionan¹⁴⁷. De esta manera, se valora cómo interactúan los factores

¹⁴³ Vid. EGEA GARCÍA, C.; SARABIA SÁNCHEZ, A., "Clasificación de la OMS sobre discapacidad", *op. cit.*, pág. 20.

¹⁴⁴ Vid. *Ibid.*, pág. 20.

¹⁴⁵ Así lo señalan *Ibid.*, pág. 21, cuando afirma, de forma muy acertada, las relaciones por pares entre cuerpo y actividad; cuerpo y participación; y, actividad y participación.

¹⁴⁶ Vid. *Ibid.*, pág. 20.

¹⁴⁷ En este sentido, véase BICKENBACH, J. ET AL, "Models of Disablement, Universalism and the International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps", *op. cit.*, pág. 1183, que asocia cada

ambientales y personales en el desarrollo social de la persona en cuestión, y se identifica cuál es la repercusión de los factores sociales y contextuales en la persona en cuestión.

Sin embargo, existen una serie de aspectos criticables que merecen especial mención. El primero de ellos es la complejidad de aplicación que asume la CIF. La construcción de los conceptos, la diversa tipología de los mismos y el entramado de relaciones entre los distintos componentes dificultan enormemente una aplicación estandarizada y habitual. En concreto, una correcta interpretación de los distintos parámetros establecidos en la CIF es poco operativa para los profesionales¹⁴⁸, a la par que inaccesible para aquellas personas ajenas a la terminología médica. A ello, debe sumársele la dificultad inherente que aporta el planteamiento positivo de la CIF, puesto que, desde un punto de vista práctico, *el dato útil será siempre el negativo, que marca la diferencia, mientras que el positivo marca la línea base*¹⁴⁹.

Otra cuestión que requiere especial referencia es el concepto de limitaciones en las actividades. La CIF las conceptualiza como una referencia mixta derivada de la influencia de la caracterización de los términos discapacidad y minusvalía en la CIDDM, pero con ello se pierde la asociación que la CIDDM realizaba al término deficiencia. Ello no sería un defecto si la CIF, más allá de definir las limitaciones en las actividades y caracterizarlas como una afectación negativa al componente actividades y participación¹⁵⁰, las vinculase a algún estado negativo de normalidad. Pero la realidad es que la CIF no las asocia a estado o norma alguna, lo que significa que la categoría “limitaciones en las actividades” haya perdido

nivel o dimensión de la discapacidad plasmada en la CIF con intervenciones particulares. Así, este autor afirma que, para las deficiencias, los esfuerzos se han de centrar en actuaciones médicas o rehabilitadoras; la limitación en la actividad requiere intervenciones rehabilitadoras que proporcionen dispositivos que compensen dichas restricciones; y, finalmente, la restricción en la participación social requiere actuaciones encaminadas a destruir las barreras sociales y adaptar los entornos que impiden la plena participación de las personas con discapacidad.

¹⁴⁸ Véase EGEA GARCÍA, C.; SARABIA SÁNCHEZ, A., “Clasificación de la OMS sobre discapacidad”, *op. cit.*, pág. 29, que detallan mediante distintas consideraciones (8 en total) como la CIF es más compleja que la CIDDM: En particular, destacan que la CIF asume un enfoque desde la perspectiva del funcionamiento humano – lo que obliga a aplicar todas las escalas de funcionamiento a todos los individuos, que se concreta en *el trabajo adicional de elegir un ítem de funcionamiento y calificarlo según la norma establecida para cada escala* – y plasma por separado las funciones y las estructuras corporales, estableciendo a tal efecto 16 clases – y sus respectivas relaciones- en lugar de las 9 previstas por la CIDDM, entre otros aspectos.

¹⁴⁹ Véase *Ibid.*, pág. 23.

¹⁵⁰ La definición por la que aboga la CIF consiste en caracterizarlas como *dificultades que un individuo puede tener en el desempeño/realización de actividades*.

especificidad y se dificulte la valoración del impacto real que una alteración en esta categoría suponga sobre el estado de salud de la persona en cuestión.

Un tercer aspecto que llama poderosamente la atención es el desarrollo de la gran novedad que ha introducido la CIF: los factores contextuales. La aportación que han supuesto estos ha sido extremadamente útil para determinar cómo afectan ciertas variables ambientales en la determinación de la discapacidad, pero su caracterización, aún siendo significativa, dista mucho de reflejar cuál es la repercusión real en la vida de las personas.

Respecto a los factores ambientales, se observa que los diversos ítems que la componen no han sido actualizados. Buena muestra de ello es, por ejemplo, el papel que ha adquirido el uso de las nuevas tecnologías. En efecto, el protagonismo de las redes sociales en las relaciones interpersonales y la utilización de internet como medio clave de comunicación no ha sido trasladado a la CIF, lo que es comprensible en el momento inicial de la aprobación de la clasificación (2001), pero inexplicable una vez han transcurrido multitud de años.

En cuanto a los factores personales, el primer punto que llama su atención es su falta de desarrollo en el momento inicial de la clasificación. Aparecen referenciados como factores contextuales, e incluso definidos como *el trasfondo particular de la vida de un individuo y su estilo de vida*¹⁵¹, pero su composición no está desarrollada. En este sentido, llama poderosamente la atención que se mencionen qué componentes pueden integrarla¹⁵², pero que, transcurridos más de 15 años desde su aprobación, aún no se haya completado la escala mencionada de la CIF, máxime cuando tales factores pueden significar un impacto sustancial en el pleno desarrollo de la persona y la igualdad de oportunidades.

En cuarto lugar, especial mención merece la omisión de condicionantes sociales ajenos a la salud. Factores tales como la situación socioeconómica, el grado de

¹⁵¹ Vid. CIF, pág. 15.

¹⁵² Significativa es la lista que se plasma en la CIF (pág. 19), en la cual se pueden incluir *el sexo, la raza, la edad, otros Estados de salud, la forma física, los estilos de vida, los hábitos, los "estilos de afrontamiento", el trasfondo social, la educación, la profesión, las experiencias actuales y pasadas, los patrones de comportamiento globales y el tipo de personalidad, los aspectos psicológicos y otras características.*

aceptación cultural de la discapacidad o el impacto de la evolución de la ciencia no tienen cabida en la CIF, lo que es incoherente con el enfoque bio-psicosocial. La concepción de la discapacidad puede variar entre sociedades y puede necesitar respuestas distintas que no transitan necesariamente por los derroteros de la salud. En este sentido, si la discapacidad es entendida como una barrera generada por la sociedad, la CIF debería incluir la repercusión de componentes externos a la salud, ya que el enfoque desde un punto de vista de la salud no permite conectar correctamente el modelo bio-psicosocial con el diagnóstico real del impacto de qué factores sociales afectan de forma más preponderante en cada sociedad.

Como reflexión final, debe destacarse el reconocimiento que la CIF realiza respecto al contexto cultural de la discapacidad, introduciendo la normalidad y universalidad del término. Sin embargo, la clasificación aboga por mantener un sistema basado en conceptos y enunciados científicos no aporta ninguna novedad en cuanto a lo que intento introducir la CIDDM. A ello, debe sumársele la extrema dificultad que requiere modificar las diferencias culturales arraigadas en la sociedad.

2.3. Asamblea General de las Naciones Unidas

El papel que ha asumido la Asamblea General de las Naciones Unidas en materia de tratamiento de la discapacidad ha sido muy relevante a lo largo de los últimos años. No sólo por la gran cantidad de resoluciones y declaraciones dictadas, sino también por la apuesta efectiva de reconocimiento universal de los derechos y libertades reconocidos en la DUDH.

Considerando que el concepto de discapacidad ha variado significativamente con el paso de los años, resulta necesario diferenciar distintos periodos en los que el tratamiento conferido a las personas con discapacidad ha evolucionado hacia un planteamiento que aboga por la participación plena y efectiva en la sociedad, apartándose así de una aproximación basada en el modelo médico o de rehabilitación. En consecuencia, se examinarán a continuación los tres lapsos temporales en los que cabe agrupar las principales aportaciones que la Asamblea

General ha realizado en aras de adaptar el tratamiento jurídico de la discapacidad a los modelos de tratamiento de este fenómeno.

2.3.1. Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (I): 1948-1993

Como punto de partida, la primera norma de necesaria referencia es la DUDH. Este texto, si bien no contiene ninguna mención específica destinada a las personas con discapacidad¹⁵³, fija como fundamento en sus artículos 2 y 7 el reconocimiento universal de los derechos humanos y la protección, sin distinciones subjetivas, contra toda discriminación. Sin embargo, el artículo 25.2, que afirma el derecho de las madres y los niños a cuidados y asistencia especiales, no extiende dicha prerrogativa a las personas con discapacidad, lo que debe ser criticado, sin perjuicio que, posteriormente, los esfuerzos de los órganos de las Naciones Unidas se hayan centrado en suplir dicha carencia¹⁵⁴.

Sentadas ya las bases generales, la sucesión de normas relativas a las personas con discapacidad se inicia con la Resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959, dictada por la Asamblea General, por la que se aprueba la Declaración de los Derechos del niño. Desde la creación de las Naciones Unidas en el año 1945¹⁵⁵, esta fue la segunda resolución en la que se establece el reconocimiento de derechos sin excepción alguna fundada en motivos personales (primer principio) y la obligación de dispensar el tratamiento, educación y cuidado especiales que requieran aquellos niños con discapacidad (quinto principio).

Si bien es cierto que la terminología empleada no es la más adecuada¹⁵⁶, se ha de tener en cuenta que, en el marco temporal en el que se adopta la citada

¹⁵³ Vid. WADDINGTON, L., "Evolving Disability Policies: From Social-Welfare to Human Rights. An International Trend from a European Perspective", *Netherlands Quarter of Human Rights*, vol. 19, 2001, pág. 143.

¹⁵⁴ El exponente más claro ha sido la CIDPD, que será analizada en el marco del epígrafe 2.3.3 de esta obra.

¹⁵⁵ La existencia oficial de este organismo se produce el 24 de octubre de 1945, fecha en la que la Carta de las Naciones Unidas fue ratificada por China, Francia, la Unión Soviética, el Reino Unido, los Estados Unidos y la mayoría de los demás signatarios.

¹⁵⁶ La declaración de derechos del niño se refiere a los niños con discapacidad bajo la denominación "impedido", expresión que refleja la conceptualización de la persona con discapacidad como un sujeto sin posibilidad de actuación autónoma, esto es, una perspectiva limitativa de derechos subjetivos.

resolución, imperaba el paradigma médico de tratamiento de la discapacidad¹⁵⁷, lo que explica el uso de este tipo de expresiones. Ahora bien, sorprende que las disposiciones contenidas en materia de protección de personas con discapacidad, aún planteando especiales dificultades de aplicación efectiva atendiendo a la naturaleza de *soft law* propia de la norma, se dirijan de forma concreta a niños. Probablemente, tal planteamiento obedezca a la especial protección que requieren como consecuencia de *su falta de madurez física y mental*¹⁵⁸, pero destaca que no se propugne idéntica protección de forma general para las personas con discapacidad.

Paralelamente, deben destacarse positivamente el enfoque general y particular que prevé dicho instrumento. La cláusula de reconocimiento general de los derechos propios del niño, sin excepciones, acompañada de la disposición particular de otorgar *tratamiento, educación y cuidados especiales* a aquellos niños con discapacidad, debe considerarse una vía destacable en aras de incrementar la protección de este colectivo.

En estrecha conexión, otra consideración que merece especial atención es la matización subjetiva respecto a la discapacidad, contenida en el principio quinto. Dicho precepto distingue, dentro de los niños *impedidos*, entre aquellos *impedidos física o mentalmente o que sufran algún impedimento social*. El organismo internacional precisa, muy acertadamente, que no existe una caracterización única de persona con discapacidad, y menciona distintas categorías que requerirán *tratamiento, educación o cuidado especiales*. A ello, debe añadirse una sutil apreciación consistente en incluir la expresión “que sufra un impedimento social”. Tal expresión es un reconocimiento hacía las tesis que explican el tratamiento de la discapacidad desde el paradigma social, y de ahí, la importancia de esta resolución.

Finalmente, conviene señalar que esta resolución establece por primera vez la obligación de acomodar el proceso de formación y cuidado de los niños con

¹⁵⁷ Para un examen en profundidad a propósito del paradigma médico de tratamiento de la discapacidad, véase el apartado 1.2 de este estudio.

¹⁵⁸ *Vid.* Considerando tercero de la Resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959, dictada por la Asamblea General, por la que se aprueba la Declaración de los Derechos del niño.

discapacidad en función de su situación. Señala el camino que años después asumirá, en un plano laboral, el artículo 5 de la Directiva 2000/78 y la CIDPD, pues ambas comparten la obligación de adaptar el entorno, ya sea laboral o educativo, en función de las necesidades concretas de cada situación. De esta forma, puede afirmarse que se constituye como un antecedente o embrión del esquema actual de accesibilidad, en aras de lograr el pleno disfrute de derechos humanos y libertades fundamentales.

La siguiente norma que debe destacarse es la Resolución 2542 (XXIV) de 11 de diciembre de 1969, dictada por la Asamblea General, por la que se aprueba la Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social. El primero de sus artículos afirma que todos los seres humanos, sin ningún tipo de distinción, *tienen derecho a vivir con dignidad, gozar libremente de los frutos del progreso social y por su parte deben contribuir a él*. Este punto de partida general es reforzado por el artículo 5.d, que establece como requisito para asumir el progreso y desarrollo en lo social establecer garantías de igualdad de oportunidades a los sectores menos favorecidos o marginales de la población, persiguiendo como propósito *una sociedad efectivamente integrada*. En estrecha conexión con esta previsión, se halla el artículo 11.f, que instrumenta como objetivo la garantía universal de *dar a conocer los derechos y obligaciones y recibir la ayuda necesaria en el ejercicio y protección de los derechos*, sin discriminación de ninguna clase.

Así, partiendo de la dignidad como centro neurálgico, los artículos 11.c y 19.d prevén objetivos y medios, respectivamente, que apuntan directamente a la integración de las personas con discapacidad. En concreto, se plantea la protección de los derechos y garantía del bienestar de los impedidos, así como de las personas física o mentalmente desfavorecidas (artículo 11.c), como medio para alcanzar el progreso y desarrollo social. Respecto a los medios, la norma establece *la institución de medidas apropiadas para la rehabilitación de las personas mental o físicamente impedidas, [...] a fin de permitirles en la mayor medida posible ser miembros útiles de la sociedad y la creación de condiciones sociales en las que los impedidos no sean objeto de discriminación debida a su incapacidad* (artículo 19.d). Llama poderosamente la atención que el citado

artículo precise que, entre tales medidas *deben figurar la provisión de tratamiento y prótesis y otros aparatos técnicos, los servicios de educación, orientación profesional y social, formación y colocación selectiva y la demás ayuda necesaria*. Si bien es cierto que el enfoque asumido se inserta plenamente en el modelo rehabilitador¹⁵⁹, debe destacarse la voluntad del organismo internacional de detallar específicamente qué medidas deben incluirse para lograr la igualdad de oportunidades. Concretar las actuaciones, entre las que se incluyen medidas de naturaleza educativa, refleja la voluntad de no centrar exclusivamente el tratamiento jurídico de la discapacidad en realidades médicas, y, en consecuencia, se observa un avance respecto a la Resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959, dictada por la Asamblea General, por la que se aprueba la Declaración de los Derechos del niño. Esta circunstancia constituye uno de los primeros peldaños en el camino hacia la no discriminación por razón de discapacidad, y es una clara manifestación de la importancia que estaba asumiendo, en un plano internacional, la consecución de la plena y efectiva igualdad de las personas con discapacidad.

En tercer lugar, especial mención merecen la Resolución 2856 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971, por la que se aprueba la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental y la Resolución 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975, por la que se aprueba la Declaración de los derechos de los impedidos. La importancia de estas normas se concreta en que simbolizan el *paso de un criterio de "atención" a uno basado en los derechos*¹⁶⁰. Nos encontramos ante dos resoluciones en las que se aprecia una clara voluntad de conferir *una protección a las personas con discapacidad desde su calidad de titulares de derechos, desde la consideración de que el ejercicio de dichos derechos debe ser ejercido en condiciones de igualdad*¹⁶¹. Si bien es cierto que manifiestan un marcado carácter paternalista¹⁶², se aprecia un esfuerzo por atribuir una cierta autonomía a este

¹⁵⁹ Buena muestra de ello es la expresión incardinada en el artículo 19.d de la citada norma, cuyo propósito es reflejar la institución de medidas *para la rehabilitación*.

¹⁶⁰ Vid. QUINN, G.; DEGENER, T., "La aplicación de la autoridad moral: adopción de la perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos por conducto de las normas no vinculantes de las Naciones Unidas", *op. cit.*, pág. 23 *in fine*.

¹⁶¹ Vid. PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, *op. cit.*, pág. 219.

¹⁶² Vid. KAYESS, R.; FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *op. cit.*, pág. 15 y LORD, J ET AL, "Lessons from the Experience of U.N.

colectivo, y buena muestra de ello es que ambas cristalizan el reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad a desarrollar una actividad económica¹⁶³.

La Resolución 2856 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971, por la que se aprueba la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental destaca por ser la primera de las resoluciones de la Asamblea General que reconoce la necesidad de diferenciar a las personas con discapacidad intelectual del colectivo de personas con discapacidad¹⁶⁴. Si bien la denominación que utiliza la norma es sumamente inadecuada y despectiva, debe destacarse positivamente que se plasme una categoría distinta dentro del colectivo de personas con discapacidad, a saber, personas con discapacidad mental, y que se reconozca esa realidad en aras de conferir una protección específica a este colectivo. En un plano material, se incluyen una serie de previsiones que reivindican la igualdad plena de estas personas en materia de titularidad y ejercicio de derechos, de tal forma que a la persona con discapacidad mental se le reconoce el derecho a la atención médica, educativa, rehabilitadora y al tratamiento físico que requiera su caso (artículo 1), a la seguridad económica y a desempeñar un empleo (artículo 2) o a la protección contra toda explotación y/o abuso degradante (artículo 6), entre otros.

La Resolución 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975, por la que se aprueba la Declaración de los derechos de los impedidos, por su parte, supuso un paso más en la ampliación de la protección y fomento del desarrollo de las personas con discapacidad. Esta norma es sumamente significativa porque continúa en la línea de establecer subcategorías en el concepto de persona con discapacidad. Concretamente, el artículo 1 de la citada resolución introduce el concepto “impedido”, que se define como aquella persona *incapacitada para subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus*

Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Addressing the Democratic Deficit in Global Health Governance”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 38, 2010, pág. 566.

¹⁶³ Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Derecho al Trabajo de las Personas con Discapacidad*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Real Patronato sobre discapacidad), Madrid, 2001., pág. 11, *in fine*.

¹⁶⁴ En este punto, debe recordarse que la Resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959, dictada por la Asamblea General, por la que se aprueba la Declaración de los Derechos del niño ya inició esta distinción subjetiva, pero se circunscribía únicamente a los niños y niñas.

facultades físicas o mentales. Como puede observarse, esta norma expande el concepto de persona con discapacidad, creando una categoría que introduce una serie de matices cuyo objetivo es ampliar el ámbito subjetivo. Entre las características inclusivas se hallan, por ejemplo, la posibilidad de que la discapacidad sea física o mental, que afecte total o parcialmente a la actividad cotidiana o que aquella sea congénita o sobrevenida. El incremento de variables a considerar, a efectos de reconocimiento dentro del concepto “impedido”, refleja el inicio de una tendencia que pretende otorgar una protección homogénea a todas las personas con discapacidad, omitiendo circunstancias que, hasta la fecha, suponían trabas al reconocimiento como persona con discapacidad.

Otra característica significativa de esta resolución es la introducción del reconocimiento de los derechos civiles y políticos a todas las personas con discapacidad consideradas “impedidas”, en las mismas condiciones que a cualquier otra persona, sin excepción alguna en base a circunstancias como la nacionalidad, la raza o el sexo. De este modo, se materializa el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de discapacidad de forma tácita en un plano internacional. También debe señalarse que esta resolución extiende algunos de los derechos reconocidos para las personas con discapacidad mental en la Resolución 2856 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971, por la que se aprueba la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, de tal suerte que, desde la Resolución 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975, por la que se aprueba la Declaración de los Derechos de los impedidos, se generaliza el derecho a la seguridad económica y social, a obtener y conservar un empleo, a formar parte de organizaciones sindicales, entre otros, a aquellas personas con discapacidad que puedan ser calificadas como “impedidas”.

Sin embargo, llama poderosamente la atención que, entre el catálogo de derechos, se plasme la mención expresa a la readaptación profesional (artículo 6). Se trata de la primera mención a este derecho, que no obligación, que se recoge en una resolución de la ONU¹⁶⁵, y muestra el incipiente interés de

¹⁶⁵ En este sentido, la Resolución 1921 (LVIII) del Consejo Económico y Social, de 6 de mayo de 1975, sobre la prevención de la incapacitación y la readaptación de los incapacitados, pretendió promover niveles más altos de vida, pleno empleo y condiciones de progreso y desarrollo económico y social. Sin embargo, su

fomentar la integración laboral de los trabajadores con discapacidad que existía para los organismos internacionales. En este sentido, si bien se trata de una incursión más simbólica que material, pues se trata de un reconocimiento sin ninguna garantía que permita exigir el cumplimiento forzoso, su plasmación en un texto internacional obedece a la voluntad de ampliar los ámbitos en los que operan los derechos de este colectivo. Se pretende, pues, superar los campos de actuación clásicos centrados en una perspectiva médica o asistencial. En consecuencia, nos encontramos ante una de las primeras manifestaciones de la extensión de los derechos reconocidos a las personas con discapacidad a dominios en los que no existía reconocimiento alguno.

Como última resolución destacada en este periodo, es preciso analizar la Resolución 37/52, de 3 de diciembre de 1982, en la que se aprobó el Programa de Acción Mundial para los Impedidos, medidas que se hallan recogidas en la recomendación 1 (apartado VIII) del Informe del Comité asesor para el año internacional de los impedidos sobre su cuarto periodo de sesiones¹⁶⁶. Si bien esta resolución no fue la última del periodo que se ha seleccionado para este apartado¹⁶⁷, sí que conviene señalar que el anexo en el que se incluye el informe para el año internacional de los impedidos fue el documento más relevante de este periodo sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. La razón principal de su importancia radica, fundamentalmente, en la introducción de la equiparación de oportunidades como línea de acción.

En líneas generales, nos encontramos ante un programa que *adopta el esquema conceptual de las consecuencias de las enfermedades y los traumatismos propuestos por la OMS*¹⁶⁸, y, en consecuencia, se traslada la repercusión de la discapacidad en el desarrollo social de la persona a un plano que exige la

concepción es tributaria del modelo médico, lo que sumado a una formulación de sus mandatos sumamente vaga y ambigua, supone que no se incluya referencia alguna a la adaptación de los puestos de trabajo.

¹⁶⁶ Ref. A/37/351/Add.1.

¹⁶⁷ A esta resolución le siguieron las siguientes: Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, en la que se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño (Ref. A/RES/44/25); la Resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991, en la que se aprobaron los principios para la protección de los enfermos y para el mejoramiento de la atención de la salud mental (Ref. A/RES/46/119); y, finalmente, la Resolución 47/3, de 14 de octubre de 1992, por la que se establece el día internacional de los impedidos (Ref. A/RES/47/3).

¹⁶⁸ Vid. CASADO PÉREZ, D., "Conceptos sobre la discapacidad. Apuntes", *op. cit.*, pág. 9.

actuación de los Estados¹⁶⁹. En otras palabras, esta resolución marcó el inicio de la transición entre el paradigma médico de tratamiento de la discapacidad y un modelo basado en los derechos y la igualdad de oportunidades¹⁷⁰.

Las propuestas plasmadas se estructuran en tres grandes líneas de acción: prevención, rehabilitación e igualdad de oportunidades, cada una con objetivos claramente diferenciados. Así, mientras que las medidas de acción de prevención pretenden *reducir la incidencia de deficiencias e incapacidades* mediante la reducción de guerras, mejoras en la situación educativa, económica y social de los países o la mejora de los servicios sanitarios, entre otros; aquellas incluidas dentro del epígrafe rehabilitación persiguen *facilitar la participación de las personas impedidas en servicios y actividades ordinarias de la comunidad*, a través del suministro de ayudas técnicas especializadas, asesoramiento y asistencia sociales o servicios de educación especiales, entre otras. Respecto a la igualdad de oportunidades, el objetivo principal es eliminar los obstáculos que impiden la participación plena, y entre las medidas que se formulan se incluyen la enseñanza dentro de sistemas escolares no especiales, el empleo en entornos ordinarios o que los servicios especiales que requieran las personas con discapacidad existan en todos los países.

Entrando a valorar algunos de los puntos más importantes de esta resolución, destaca la presencia de una línea de actuación que, como ya se ha mencionado, era poco común hasta la fecha: la igualdad de oportunidades. Si bien la prevención y la rehabilitación han sido líneas de acción históricamente comunes por su encuadramiento en el modelo asistencial, la apuesta por la equiparación de oportunidades es una clara muestra de los cambios que el tratamiento de la discapacidad experimentó hacia *un modelo basado en derechos*¹⁷¹.

La introducción de la igualdad de oportunidades en el tratamiento de la discapacidad constituye un claro indicador que obedece a la necesidad de valorar

¹⁶⁹ Para un examen en detalle de las repercusiones de la CIDD, véase el apartado 2.2.1 de este estudio.

¹⁷⁰ Vid. KAYESS, R.; FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *op. cit.*, pág. 15.

¹⁷¹ Vid. QUINN, G.; DEGENER, T., "La aplicación de la autoridad moral: adopción de la perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos por conducto de las normas no vinculantes de las Naciones Unidas", *op. cit.*, pág. 24.

el papel de la sociedad en la adaptación y el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad. En este sentido, el párrafo 21 del Anexo VIII del informe para el año internacional de los impedidos destaca la insuficiencia de las medidas de rehabilitación e introduce una concepción social que focaliza las claves para la inserción plena y efectiva de las personas con discapacidad en el medio como circunstancia que determina los efectos de una discapacidad en una persona. La sociedad surge como ente que genera dificultades a las personas con discapacidad, pues aquélla se ocupa *sólo de las personas que están en plena posesión de todas sus facultades físicas y mentales*¹⁷². Consciente de ello, la Asamblea General de las Naciones Unidas establece, por primera vez, que *una persona es minusválida cuando se le niegan las oportunidades de que se dispone en general en la comunidad y que son necesarias para los elementos fundamentales de la vida*¹⁷³. De este modo, se asume una concepción igualitaria en la importancia de las necesidades de los miembros de la sociedad y se define la equiparación de oportunidades como el proceso mediante el cual el sistema general de la sociedad es accesible para todos sus miembros, independientemente de su condición de salud, estado físico o mental, entre otros.

En materia de empleo, el párrafo 22 del Anexo VIII del citado documento se refiere al trabajo en el medio ordinario como una conducta absolutamente necesaria para la eliminación de obstáculos a la participación plena, en consonancia con una visión integradora más próxima al modelo social que al modelo médico que pretende eliminar o reducir las barreras a la plena

¹⁷² Véase párrafo 22 del informe para el año internacional de los impedidos, que identifica, además, la necesidad de que las sociedades integren la existencia de la discapacidad en todos los ámbitos y reconozcan que *“pese a los esfuerzos que se hagan en materia de prevención, siempre habrá un número de personas con deficiencias e incapacidades, y que deben identificar y eliminar obstáculos a la participación plena. Así, en lo posible, la enseñanza debe realizarse dentro del sistema escolar normal, si es pedagógicamente factible, el trabajo debe proporcionarse mediante empleo abierto, y la vivienda, en la misma forma que para la población en general. Todos los Gobiernos deben procurar que los beneficios jobtenidos gracias a los programas de desarrollo lleguen también a los ciudadanos impedidos. En el proceso de planificación general y en la estructura administrativa de todas las sociedades debieran incorporarse medidas en este sentido. Los servicios especiales que pudieran necesitar los impedidos han de formar parte, en todo lo posible, de los servicios generales de un país.”*

¹⁷³ Véase párrafo 21 del informe para el año internacional de los impedidos, que señala que para lograr la igualdad de oportunidades es del todo insuficiente la existencia de medidas de rehabilitación, advirtiendo que *“La experiencia ha demostrado que es en gran parte el medio el que determina el efecto de una deficiencia o incapacidad sobre la vida diaria de la persona. Una persona es minusválida cuando se le niegan las oportunidades de que se dispone en general en la comunidad y que son necesarias para los elementos fundamentales de la vida, incluida la vida familiar, la educación, el empleo, la vivienda, la seguridad financiera y personal, la participación en grupos sociales y políticos, las actividades religiosas, las relaciones íntimas y sexuales, el acceso a instalaciones públicas, la libertad de movimiento y el estilo general de la vida diaria.”*

participación. Con mayor detalle, los párrafos 69 y 70 del Anexo VIII del documento ya señalado ponen de relieve las dificultades a las que se enfrentan las personas con discapacidad en el mundo del trabajo, ya no sólo por la elevada tasa de desempleo de este colectivo, sino por el escaso número de contrataciones y por ser uno de los colectivos al que se despiden en primer lugar en situaciones de crisis. Y en coherencia con esta línea, el párrafo 129 aboga por la posibilidad de que los Estados incluyan diversas medidas para apoyar la integración en el mercado abierto, tales como sistemas de cuotas con incentivos, empleos reservados o asignados, prestamos, contratos exclusivos o derechos de producción prioritaria, entre otras, sin que *limiten las oportunidades de empleo y la vitalidad del sector privado de la economía*¹⁷⁴. De este modo, si bien existe una clara voluntad de fomentar la inclusión de personas con discapacidad en el ámbito ordinario, esta se supedita a la situación económica de cada país, lo que contribuyó enormemente a que los Estados no cumplieran de forma efectiva con este mandato.

Ahora bien, el problema de mayor calado es la brecha existente entre el número de trabajadores con discapacidad en activo y empleados. Este escenario pone de manifiesto la importancia de que los países tomen medidas al respecto, y una de las que sugiere el informe para el año internacional de los impedidos es *una aplicación más amplia del principio ergonómico*¹⁷⁵, que permitiría la adaptación de puestos de trabajo a fin de aumentar las oportunidades de empleo de las personas con discapacidad. La alusión a esta medida continúa la línea, ya dibujada en resoluciones anteriores, que sitúa la adaptación del puesto de trabajo como centro neurálgico de la igualdad de oportunidades y no discriminación de este colectivo en materia de empleo. Pero cabe señalar que el enfoque de los

¹⁷⁴ Véase el párrafo 130 del informe para el año internacional de los impedidos, que se encarga de advertir que *la política y las estructuras de apoyo no deben limitar las oportunidades de empleo y no deben obstaculizar la vitalidad del sector privado de la economía. Los Estados miembros deben seguir en condiciones de adoptar una variedad de medidas en respuesta a sus situaciones internas.*"

¹⁷⁵ Véase párrafo 69 del informe para el año internacional de los impedidos, que se encarga de relatar la situación en materia de empleo de las personas con discapacidad y señala, como apuntábamos, que *"en muchos países se han establecido diversos programas y se han tomado medidas a fin de crear puestos de trabajo para impedidos. Esto incluye talleres protegidos y de producción, enclaves protegidos, contratación preferente, sistemas de cuotas, subvenciones a los empleadores que capacitan y posteriormente contratan a trabajadores impedidos, cooperativas de impedidos y para impedidos, etc. El número efectivo de trabajadores impedidos empleados en establecimientos ordinarios o especiales está muy por debajo del número de los impedidos empleables. La aplicación más amplia de principios ergonómicos permite la adaptación, a costo relativamente reducido, del lugar de trabajo, las herramientas, la maquinaria y el equipo, y ayuda a aumentar las oportunidades de empleo para los impedidos."*

ajustes razonables en el trabajo asume dos dimensiones que permiten afirmar que no se integran completamente dentro del modelo social. Concretamente, observamos una primera conceptualización de los ajustes razonables como medida nacional en el apartado relativo a “*prevención de la deficiencia, la discapacidad y la minusvalía*”, a fin y efecto de *impedir que se produzcan deficiencias o enfermedades profesionales y su exacerbación*¹⁷⁶. La segunda de ellas, si bien se incluye en el apartado de medidas nacionales de empleo, se refiere a la adaptación como medida *para la rehabilitación de trabajadores con discapacidad con una deficiencia ocasionada en el trabajo*¹⁷⁷.

2.3.2. Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (II): 1994-2005

Este periodo temporal se caracterizó por la aprobación de numerosas resoluciones que pueden ser agrupadas en tres grandes materias o grupos: la aprobación de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, la gestación de la CIDPD y otras resoluciones relacionadas con la discapacidad cuya trascendencia es menor.

El primer gran punto que debe destacarse en este periodo de tiempo fue la aprobación de las Normas Uniformes¹⁷⁸. Se trata del *instrumento universal más completo y detallado en materia de derechos de las personas con discapacidad*¹⁷⁹, que generó un impacto sin precedentes en el desarrollo

¹⁷⁶ Véase párrafo 96.g del informe para el año internacional de los impedidos, que señala que se requieren programas coordinados de prevención a todos los niveles de la sociedad, y esos programas deben comprender, entre otros, “*la adaptación de los puestos de trabajo, del equipo y del medio laboral, y el establecimiento de programas de salud profesional, para impedir que se produzcan incapacidades o enfermedades profesionales y su exacerbación.*”

¹⁷⁷ Véase párrafo 131 *in fine* del informe para el año internacional de los impedidos, que identifica que “*debe existir una cooperación mutua a nivel central y a nivel local entre las organizaciones estatales, de empleadores y de trabajadores a fin de desarrollar una estrategia conjunta y adoptar medidas conjuntas con miras a garantizar más y mejores oportunidades de empleo para los impedidos. Esa cooperación puede referirse a políticas de contratación, medidas para mejorar el ambiente de trabajo a fin de prevenir lesiones o daños que ocasionen incapacidad, medidas para la rehabilitación de trabajadores que hayan resultado lesionados en el trabajo, por ejemplo, adaptando a sus necesidades los lugares de trabajo y las tareas.*”

¹⁷⁸ Ref. A/RES/48/96.

¹⁷⁹ Vid. COURTIS, C., “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas”, *op. cit.*, págs. 278-279.

legislativo interno en materia de no discriminación por razón de discapacidad¹⁸⁰. Referirnos con ello a derechos no sería del todo correcto, pues carecen de la posibilidad de exigir su cumplimiento de forma coactiva, tal y como señala la propia resolución¹⁸¹, puesto que no se integran dentro de un tratado internacional¹⁸². No obstante, la intención de este instrumento, que se integra dentro de la categoría *soft law*, es crear una serie de reglas mínimas que se instituyan como un estándar en la lucha global contra la discriminación por razón de discapacidad, reivindicando para ello la plena igualdad de oportunidades de este colectivo, y a juzgar por su recepción nacional, nos encontramos ante un claro ejemplo de éxito en la utilización del *soft law*¹⁸³.

Estructuralmente, esta resolución consta de veintidós artículos, clasificados en cuatro capítulos: los requisitos para la igualdad de participación, que incluye una mayor toma de conciencia, la atención médica, la rehabilitación y los servicios de apoyo (artículos 1 a 4); las esferas previstas para la igualdad de participación, en las que se identifican una serie de ámbitos de carácter prioritario, como son la educación (artículo 6), el empleo (artículo 7), la cultura (artículo 10) o la religión (artículo 12), entre otros; medidas de ejecución, que incluye una serie de preceptos encaminados a dotar de eficacia jurídica a las Normas Uniformes¹⁸⁴; y, finalmente, la sección relativa al mecanismo de supervisión (Sección IV), que pretendió instaurar un sistema de seguimiento mediante la creación de la figura de un relator especial, encargado de recabar opiniones y observaciones de los Estados y Organizaciones no Gubernamentales locales que se plasmarán en un

¹⁸⁰ Vid. DEGENER, T., "Disability Discrimination Law: A global Comparative Approach", en LAWSON, A., y GOODING, C., *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Hart Publishing, Reino Unido, 2003, pág. 89.

¹⁸¹ Véase el apartado 14 de las Normas Uniformes.

¹⁸² El proceso de gestación de las normas uniformes fue sumamente complicado por la falta de consenso entre los distintos países, tal y como señala DEGENER, T., "Disability Persons and Human Rights: The Legal Framework", en DEGENER, T., KOSTER-DRESSEY, Y. (eds.) *Human Rights and Disabled Persons*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1995, pág. 12, y las consecuencias de ello son observables en la naturaleza jurídica de las Normas Uniformes.

¹⁸³ Vid. DEGENER, T., "Disability Discrimination Law: A global Comparative Approach", *op. cit.*, pág. 89, que afirma que las normas uniformes son un claro ejemplo de éxito del *soft law* cuando los Gobiernos son conscientes de la importancia de las cuestiones incluidas en este tipo de instrumentos, y a ello le acompañan movimientos sociales que ejercen la presión necesaria para su cumplimiento no obligado.

¹⁸⁴ Para un estudio en profundidad de los preceptos más destacados de esta parte, véase, QUINN, G.; DEGENER, T., "La aplicación de la autoridad moral: adopción de la perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos por conducto de las normas no vinculantes de las Naciones Unidas", *op. cit.*, págs. 27-28.

informe con periodicidad anual, así como de prestar asesoramiento en la aplicación y supervisión de las Normas Uniformes.

En términos de contenido, se introduce la distinción entre discapacidad y minusvalía señalada por la OMS, en consonancia con el informe para el año internacional de los impedidos¹⁸⁵, y se parte de un enfoque basado en los Derechos Humanos como herramienta para lograr la no discriminación¹⁸⁶. Esta nueva perspectiva se manifiesta de forma muy primitiva y no traslada efectivamente la lógica del modelo social a un plano jurídico¹⁸⁷. La razón principal deriva de su eficacia como norma¹⁸⁸. Es cierto que se contempla el mandato de derivar la responsabilidad de la falta de integración de las personas con discapacidad al entorno y los factores sociales, y de hecho se identifica a los Estados como sujetos que deben articular soluciones, pero el impacto normativo de este instrumento perteneciente al *soft law* limita enormemente su trascendencia. La falta de fuerza obligacional de las Normas Uniformes es su principal hándicap, y ello significó la detección de la necesidad de aprobar un texto vinculante en el escenario internacional. Nos encontramos, pues, ante una norma cuya voluntad está alineada con la filosofía y propósitos del modelo social, pero que sigue encerrada en el modelo de tratamiento médico¹⁸⁹.

Las Normas Uniformes no pretenden crear derechos específicos para este colectivo, sino estandarizar el acceso y ejercicio de los derechos a todas las personas. En este punto, debe destacarse que el artículo 15 de las Normas Uniformes, encargado de plasmar una serie de mandatos para establecer la forma óptima de instrumentar los objetivos de las Normas Uniformes en las legislaciones de los Estados, contiene un tercer apartado que merece especial consideración. La citada disposición propone a los Estados la incorporación de los derechos y

¹⁸⁵ Para más información sobre este documento, véase el apartado 2.3.1 de este estudio.

¹⁸⁶ El apartado 13 de las Normas Uniformes identifica la Carta Internacional de Derechos Humanos como fundamento político y moral de la resolución.

¹⁸⁷ Para un estudio sobre la conceptualización y caracterización del modelo de tratamiento social, véase el apartado 1.3.

¹⁸⁸ En sentido contrario, véase VALDÉS DAL-RE, F., "El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad", *op. cit.*, pág. 2, que sostiene que las Normas Uniformes responden de manera plena a un modelo social de discapacidad, lo que es cierto, pero la falta de eficacia jurídica de las Normas Uniformes empaña la voluntad transformadora social propia de este paradigma.

¹⁸⁹ *Vid.* KAYESS, R.; FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *op. cit.*, pág. 16.

deberes de las personas con discapacidad en la legislación general o bien en una serie de normas especiales, ofreciendo como alternativas para este último caso diversas posibilidades, como por ejemplo la promulgación de leyes por separado referidas exclusivamente a la discapacidad; incluir estas cuestiones en leyes sobre determinados temas o mencionar a este colectivo en los textos que sirvan para interpretar las normas vigentes. Además, el artículo 15.3 de las Normas Uniformes sugiere la combinación de tales posibilidades, recomendando la posibilidad de incluir disposiciones sobre acción afirmativa. Llama la atención que una cuestión tan importante como esta no sea tratada con la importancia que se merece, máxime cuando la fuerza vinculante de las Normas Uniformes es prácticamente inexistente y la configuración de este punto hubiera permitido un salto de nivel en la efectiva implantación de una verdadera igualdad de oportunidades. El mayor defecto que se le puede achacar en este punto es la falta de un posicionamiento firme sobre si la legislación en esta materia *debería constituir un corpus independiente, de conformidad con la tendencia mundial, o debería integrarse en la legislación amplia o general contra la discriminación*¹⁹⁰. La propuesta lógica de las Normas Uniformes debió ser la de constituir un *corpus* independiente, a fin de implantar una efectiva protección de las personas con discapacidad en aquel momento de transición jurídica entre modelos, pero lo cierto es que, como puede observarse, las Normas Uniformes se inclinaron por dejar un excesivo margen de libertad a los Estados, hecho este que no contribuye a afianzar la igualdad de oportunidades y no discriminación.

En cualquier caso, es evidente que existe una intención clara de dejar en manos de los Estados para que desarrollen líneas de actuación, mediante medidas de ejecución, cuyo propósito es derribar los obstáculos sociales que impiden la plena integración de este colectivo en todos los ámbitos de la vida, tales como educación, empleo, vida en familia, cultura y religión, entre otros.

De hecho, las Normas Uniformes identifican la igualdad de oportunidades como un objetivo que, además de modificar los factores ambientales, logran la

¹⁹⁰ Vid. QUINN, G.; DEGENER, T., "La aplicación de la autoridad moral: adopción de la perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos por conducto de las normas no vinculantes de las Naciones Unidas", *op. cit.*, pág. 28.

accesibilidad de la sociedad, el entorno físico, los servicios, las actividades, la información y la documentación a todas las personas¹⁹¹, independientemente de la existencia de una discapacidad. Nos encontramos con la alusión, por primera vez en la historia, a la accesibilidad como una cualidad sinónimo de igualdad de oportunidades y esta es una de las grandes contribuciones de este texto en materia de tratamiento de la discapacidad. La rehabilitación y la prevención médica pasan a un segundo plano, y se establece una asociación de conceptos que marcará la tendencia, aún vigente en la actualidad, en la lucha contra la discriminación, en ámbitos tan diversos como la educación, la salud, el empleo, los servicios sociales, entre otros.

En materia de empleo, el artículo 7 de las Normas Uniformes asume un enfoque integrador basado en diferentes perspectivas, que van desde el desarrollo de campañas para eliminar actitudes negativas y prejuicios (apartado 4); el mandato, dirigido a los Estados, de crear condiciones favorables para el empleo de personas con discapacidad en el sector público (apartado 5); hasta la cooperación entre Estados, organizaciones de trabajadores y empleadores para asegurar la igualdad de condiciones en las condiciones de trabajo, entre otros (apartado 6).

No obstante, el gran hito en este ámbito es la clara apuesta por el fomento de una integración preferente en entornos ordinarios, pretendiendo desplazar a un segundo plano la prestación de servicios en el mercado protegido. Para ello, además del mandato explícito del apartado 7, las Normas Uniformes prevén dos niveles claramente diferenciados por la libertad que se ofrece a los Estados para decidir las medidas a aplicar. Así, hallamos un primer nivel (apartado 2) en el que se establece la obligación genérica de apoyar activamente la integración laboral de este colectivo, presentando a los Estados, a título de ejemplo, una serie de medidas como la previsión de una cuota de reserva de puestos de trabajo o exenciones fiscales para empleadores, entre otras. Seguidamente, se prevé un segundo mandato (apartado 3) sobre el contenido mínimo de los programas de medidas estatales, en el que se exige que los Estados apoyen la utilización de nuevas tecnologías y equipos para obtener y conservar el empleo; ofrezcan

¹⁹¹ Véase el apartado 24 de las Normas Uniformes.

servicios de formación, colocación y de apoyo para este colectivo; y, finalmente, se contemplen medidas para diseñar y adaptar los puestos de trabajo a las personas con discapacidad.

Como puede observarse, la norma propone dos niveles de integración, uno con mayor libertad y otro de carácter mínimo, brindando así a los Estados diferentes opciones para gestionar la integración laboral de las personas con discapacidad. En este sentido, se ofrece un margen de maniobra moderado, que permite, en función de las peculiaridades de cada uno de los países, la implantación de las medidas que mejores resultados ofrezcan. En este ámbito, el planteamiento de las Normas Uniformes recuerda al asumido por la entonces Comunidad Económica Europea, que ofreció un doble marco de integración.

Para finalizar, no pueden pasarse por alto las dos menciones a los ajustes razonables que se incluyen, en materia de empleo, en las Normas Uniformes. La primera de las referencias la encontramos en el artículo 7.2, y se trata de un mandato a los Estados, a los que se les exige estimular a los empleadores a realizar ajustes razonables en los puestos de trabajo. A esta sugerencia, se le suma la previsión incluida en el artículo 7.3.a, ya mencionada anteriormente, relativa a la introducción de medidas para adaptar los lugares y locales de trabajo. Como puede observarse, no puede afirmarse que nos hallamos ante la introducción de la obligación de realizar ajustes razonables, pero llama la atención que la presencia de estas prescripciones se incluya en apartados con niveles de integración distintos, y no se trata de una coincidencia. Más bien, es un claro indicador de la voluntad de las Naciones Unidas de introducir este mecanismo de igualdad de oportunidades como mínimo necesario en las legislaciones estatales. En este sentido, si bien su repercusión en aquel momento fue mínima¹⁹², fruto de la asunción de protagonismo de otras medidas como la reserva de empleo y a causa de la naturaleza de *soft law* de las Normas Uniformes, es necesario señalar que nos encontramos ante la primera mención explícita a la expresión “ajustes razonables”, que marcaría las directrices futuras de actuación a efectos de lograr

¹⁹² Los distintos informes de seguimiento de la implantación de las Normas Uniformes, dictados con una periodicidad anual, así lo apuntan indirectamente, pues ninguno de ellos se manifiesta respecto a la implantación de los ajustes razonables tras su mención en la citada norma. La totalidad de los citados informes pueden consultarse en: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=183>

la igualdad de oportunidades y no discriminación en el ámbito del empleo de las personas con discapacidad.

Una vez aprobadas las Normas Uniformes, la Asamblea General de las Naciones Unidas dictó durante el periodo 2001 a 2005 un grupo de resoluciones encaminadas a preparar la elaboración de un texto internacional para promover una participación y oportunidades plenas y efectivas de las personas con discapacidad en la vida económica, social, cultural y política. Si bien las Normas Uniformes ejercieron una importante influencia en los planos nacional, regional e internacional, este organismo detectó que no eran suficientes para garantizar la igualdad de oportunidades y la no discriminación de este colectivo. Y, en consecuencia, se inició el proceso de gestación del texto de la CIDPD, a fin de diseñar una norma con valor y exigencia jurídica que homogeneizase una serie de derechos mínimos en las principales áreas de la vida.

Este proceso se inició con la Resolución 56/168, de 19 de diciembre de 2001, relativa a la Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad¹⁹³. La citada disposición pone de relieve el éxito de las Normas Uniformes y la necesidad de continuar en la misma dirección. A tal efecto, se decide establecer un comité especial para la participación de todos los Estados miembros y observadores de las Naciones Unidas, que se encargará de examinar aquellas propuestas relativas a una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. En este punto, la citada resolución apunta cual será el planteamiento de la Convención, exigiendo así que las propuestas formuladas sean tributarias del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación.

Una vez constituido el comité, este se reunió anualmente hasta en ocho periodos de sesiones¹⁹⁴, transmitiéndose de forma periódica los avances sobre la cuestión

¹⁹³ Ref. A/RES/56/168.

¹⁹⁴ Los datos identificativos de los informes de las ocho sesiones de trabajo son las siguientes: Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, de 9 de agosto de 2002 (Ref. A/57/357); Informe del Comité Especial encargado de preparar una Convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, de 3 de julio

en las correspondientes resoluciones de la Asamblea General¹⁹⁵. La frecuencia de las reuniones y la publicación del contenido de las sesiones de trabajo evidencian la importancia y transparencia que se confirió a este proceso de preparación de la norma, hecho este que debe destacarse positivamente¹⁹⁶.

Finalmente, necesaria mención merece, en el marco del proceso de gestación de la CIDPD, la introducción de los ajustes razonables como medida genérica para la igualdad de oportunidades y no discriminación. La inclusión de esta institución no ha sido un tema recurrente y excesivamente discutido en el marco de esta norma. En particular, la primera referencia la hallamos en la tercera sesión de trabajo¹⁹⁷, y tan sólo se registran algunos comentarios más en la última de las sesiones de trabajo¹⁹⁸.

de 2003 (Ref. A/58/118 & Corr.1); Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su cuarto período de sesiones, de 14 de septiembre de 2004 (Ref. A/59/360); Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (Ref. A/AC.265/2005/2); el Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (Ref. A/60/266); el Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (Ref. A/AC.265/2006); y, finalmente, el Informe final del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (Ref. A/61/611).

¹⁹⁵ Las resoluciones en las que se pone de manifiesto la elaboración de los informes por el comité son las siguientes: Resolución 57/229, de 18 de diciembre de 2002, relativa al Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (Ref. A/RES/57/229); Resolución 58/246, de 23 de diciembre de 2003, relativa al Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (Ref. A/RES/58/246); Resolución 59/198, de 20 de diciembre de 2004, relativa al Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (Ref. A/RES/59/198); y, finalmente, la Resolución 60/232, de 31 de enero de 2006, Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (Ref. A/RES/60/232). Los periodos de sesiones séptimo y octavo fueron los únicos que no tuvieron un traslado *stricto sensu*, pues en la continuación del octavo período de sesiones, el 5 de diciembre de 2006, el Comité Especial decidió recomendar a la Asamblea General que aprobara un proyecto de resolución titulado "Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", al que adjuntó el proyecto de convención y de protocolo facultativo.

¹⁹⁶ Para un examen en profundidad sobre cómo se desarrolló el proceso de gestación de la CIDPD, véase MELISH, T., "The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify", *Human Rights Brief*, vol. 14, 2, 2007, págs. 43-47; KAYESS, R.; FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *op. cit.*, págs. 17-19; LORD, J ET AL, "Lessons from the Experience of U.N. Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Addressing the Democratic Deficit in Global Health Governance", *op. cit.*, págs. 567-568; DE LORENZO GARCÍA, R., "La Convención, un desafío inaplazable", en ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (DIR.), *La Convención Internacional sobre el derecho de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 19-27.

¹⁹⁷ Véase el apartado V del Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su cuarto período de sesiones, de 14 de septiembre de 2004 (Ref. A/59/360).

¹⁹⁸ Véase Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (Ref. A/60/266).

Los ajustes razonables se incardinan en el borrador del artículo 7 de la CIDPD como la medida estándar de igualdad y no discriminación, concepción esta tributaria del paradigma social¹⁹⁹. De esta manera, el borrador de la CIDPD plasma los ajustes como un recurso genérico al que los Estados deben recurrir, en ámbitos tan diversos como la educación, el empleo o el acceso a los servicios públicos, a fin de garantizar la plena inclusión social de las personas con discapacidad. Este enfoque general y flexible en la conceptualización de esta medida significó el consenso de los distintos Estados en la definición de aquellos como “*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada*”²⁰⁰, a fin de hallar una cierta sintonía entre las diversas tradiciones jurídicas y la esencia de la institución. La coincidencia de los Estados también se extendió a la necesidad de considerar la situación concreta de la persona y la presencia de un carácter interactivo entre la persona y la entidad obligada. Dentro de tales acuerdos, también se encuentra la imposibilidad de que la entidad pueda imponer un ajuste razonable en particular, así como la inexistencia de un derecho de la persona a escoger, de existir varias opciones de adaptaciones, aquel ajuste razonable más adecuado.

Sin embargo, existieron algunos puntos en los que el acuerdo por parte de los Estados no fue total. El más importante se produjo en el marco de la definición del término “carga desproporcionada”. Si bien es cierto que los Estados mostraron su conformidad respecto a que la disponibilidad de fondos públicos limitase la aplicación de la exención a la obligación, la identificación del propio concepto llevó a que diversas delegaciones formularan reservas²⁰¹. Por otra parte, la constatación de las consecuencias derivadas de la no realización de los ajustes razonables también suscitó debate. Algunos miembros del grupo de trabajo

¹⁹⁹ Para más detalles sobre la conceptualización de este modelo de tratamiento de la discapacidad, véase el apartado 1.3 de este estudio.

²⁰⁰ En este sentido, véase el párrafo 27 del apartado V del Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su cuarto período de sesiones, de 14 de septiembre de 2004 (Ref. A/59/360).

²⁰¹ Véase la nota a pie de página e) del Informe del Comité Especial encargado de preparar una Convención Internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su cuarto período de sesiones, de 14 de septiembre de 2004 (Ref. A/59/360), que pone de relieve este extremo, sin identificar aquellos países que manifestaron las reservas sobre este aspecto, así como tampoco los puntos sobre los que se produjo la discordancia.

sostenían que el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables debía calificarse como una vulneración al derecho a la igualdad de oportunidades. Otros, sin embargo, defendieron el silencio respecto a esta cuestión en un instrumento internacional como la CIDPD, apelando a que el sujeto al que se dirige son los Estados, y, en consecuencia, deben ser éstos los que regulen las consecuencias de su incumplimiento.

Posteriormente, la última sesión de trabajo relativa a la preparación de la CIDPD registra el acuerdo general respecto a incluir los ajustes razonables como medida para proteger y promover los derechos de las personas con discapacidad en el empleo²⁰². Sorprende cuanto menos la sucinta referencia a la institución, sin tan siquiera referirse a la carga excesiva como exención a su cumplimiento. Su omisión fue debida muy probablemente a la falta de elementos comunes entre los Estados participantes, y, en consecuencia, esta versión de la CIDPD trasladaba la responsabilidad de definir la incidencia de la carga excesiva a los Estados.

Para finalizar, no podemos terminar este apartado sin mencionar algunas resoluciones de menor incidencia, pero que merecen especial consideración. Entre ellas, encontramos la Resolución 48/97, de 11 de marzo de 1994, relativa al día internacional de los Impedidos²⁰³, que pretende materializar la toma de conciencia sobre las desventajas que sufre este colectivo o la Resolución 52/107, de 13 de febrero de 1998, relativa a los derechos del niño²⁰⁴, que destaca el éxito en la implantación de la Convención del niño y exhorta a los Estados a que elaboren un informe sobre la situación y necesidades de los niños con discapacidad. Respecto al Programa de Acción Mundial para los Impedidos, se dictaron la Resolución 56/115, de 18 de enero de 2002, relativa a la Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos: hacia una sociedad para todos en el siglo XXI²⁰⁵, y la Resolución 60/131, de 26 de enero de 2006, relativa a la Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos: realización de los

²⁰² Véase el apartado “proyecto de artículo 22” del Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (Ref. A/60/266).

²⁰³ Ref. A/RES/48/97.

²⁰⁴ Ref. A/RES/52/107

²⁰⁵ Ref. A/RES/56/115.

objetivos de desarrollo del Milenio para las personas con discapacidad²⁰⁶. Ambas se encargan de plasmar, de forma quinquenal, los avances del citado programa, aprovechando la ocasión para alentar a los Gobiernos a que continúen tomando medidas para promover la aplicación de las resoluciones de las Naciones Unidas en la materia.

2.3.3. Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (III): 2006-2018

Desde el año 2006 hasta la actualidad, el hito más importante que se ha producido ha sido la aprobación de la CIDPD y su Protocolo Facultativo²⁰⁷, sin perjuicio de otras resoluciones que por su importancia menor no serán objeto de comentario²⁰⁸. Este texto internacional fue el primero del sistema universal de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad de

²⁰⁶ Ref. A/RES/60/131.

²⁰⁷ La aprobación se produjo el 13 de diciembre de 2006, mediante la Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006, relativa a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ref. A/RES/61/106). A nivel español, España se incardinó dentro del primer grupo de Estados firmantes el 30 de marzo de 2007. De conformidad con los trámites correspondientes, se depositó su instrumento de ratificación el 23 de noviembre de 2007. Por último, el citado texto internacional se publicó en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, y no entró en vigor hasta el 3 de mayo de 2008. En este sentido, España ha destacado positivamente por ser uno de los primeros Estados en dictar una ley específica de adaptación del ordenamiento jurídica a la CIDPD, a saber, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, tal y como señala DE LORENZO GARCÍA, R., "La Convención, un desafío inaplazable", *op. cit.*, pág. 19.

²⁰⁸ Entre ellas, destacan la Resolución 62/127 de 18 de diciembre de 2007, relativa a la Aplicación del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad: realización de los objetivos de desarrollo del Milenio para las personas con discapacidad (Ref. A/RES/62/127); la Resolución 63/150, de 18 de diciembre de 2008, sobre la Realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio para las personas con discapacidad mediante la aplicación del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Ref. A/RES/63/150); la Resolución 64/131, de 18 de diciembre de 2009, relativa a la realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio para las personas con discapacidad (Ref. A/RES/64/131); la Resolución 65/186, de 21 de diciembre de 2010, sobre la realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio para las personas con discapacidad hasta 2015 y después (Ref. A/RES/65/186); la Resolución 66/124, de 19 de diciembre de 2011, reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre la realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y otros objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente para las personas con discapacidad (Ref. A/RES/66/124); la Resolución 67/140, de 20 de diciembre de 2012, relativa a la realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y otros objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente para las personas con discapacidad hasta 2015 y después de esa fecha (Ref. A/RES/67/140); la Resolución 68/3, de 23 de septiembre de 2013, documento final de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre la realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y otros objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente para las personas con discapacidad: el camino a seguir, una agenda para el desarrollo que tenga en cuenta a las personas con discapacidad para 2015 y después de ese año (Ref. A/RES/68/3); y la Resolución 69/142, de 18 de diciembre de 2014, sobre la realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y otros objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente para las personas con discapacidad hasta 2015 y después de esa fecha (Ref. A/RES/69/142).

carácter vinculante, y su gestación no fue un proceso sencillo²⁰⁹. Esta característica no se tradujo necesariamente en una ruptura de las líneas dibujadas por las Normas Uniformes, que es el claro referente del que parte. Más bien, significó un cambio en la óptica del tratamiento de la discapacidad, influenciado hasta la fecha por el *soft law*²¹⁰, redirigiendo la estructura normativa de principios y metas a derechos²¹¹, e implementando la óptica americana de tratamiento de la discapacidad²¹².

En este sentido, conviene destacar que la CIDPD introdujo un reenfoque del ámbito material de protección que se plasmó en las Normas Uniformes. La perspectiva ahora es mucho más amplia, con un especial énfasis en conjugar el modelo de derechos civiles americano y el modelo de justicia social europeo²¹³, observándose una clara voluntad normativa de ampliar y consolidar los ámbitos reflejados en las Normas Uniformes²¹⁴, e incardinar otros derechos relacionados con otras esferas de actuación social que hasta el momento no aparecían²¹⁵. En consecuencia, nos encontramos ante un tratado internacional que introduce un nuevo paradigma de tratamiento e implantación de políticas de actuación en materia de discapacidad²¹⁶.

²⁰⁹ Para un análisis de las negociaciones de la CIDPD, véase KAYESS, R.; FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *op. cit.*; QUINN, G., "A Short Guide to the United Nations Convention on the Right of Persons with Disabilities", en QUINN, G., WADDINGTON, L. (eds.) *European Yearbook of Disability Law*, vol. 1, Intersentia, Antwerp, 2009, págs. 89-114; TRÖMEL, S., "A Personal Perspective on the Drafting History of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities", en *European Yearbook of Disability Law*, vol. 1, Intersentia, Antwerp, 2009, págs. 115-136; DE BURCA, G., "The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention", *European Law Review*, vol. 35, 2, 2010.

²¹⁰ *Vid.* KAYESS, R.; FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *op. cit.*, pág. 14.

²¹¹ Esta tesis ha sido defendida por COURTIS, C., "Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas", *op. cit.*, pág. 306; DE LORENZO GARCÍA, R., "Los contornos del Derecho de la Discapacidad", en *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 71; CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, *op. cit.*, pág. 26.

²¹² Sobre esta cuestión, véase QUINN, G.; FLYNN, E., "Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability", *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, 1, 2012, págs. 34-39.

²¹³ *Vid. Ibid.*, págs. 25-27, que señala que "[...] the UN Convention self-consciously seeks to realign the "civil rights" model on disability-with its attendant suite of civil and political rights-with an equal emphasis on social justice and associated rights including economic, social and cultural rights. As a result, the Convention re-works how social justice issues can be made to fit better with traditional "civil rights" concerns and vice-versa."

²¹⁴ Para un examen en profundidad sobre las Normas Uniformes, véase el apartado 2.3.2 de este estudio.

²¹⁵ Buenos ejemplos de ello son el acceso a la justicia (Artículo 13), libertad y seguridad de la persona (Artículo 14), libertad de desplazamiento y nacionalidad (Artículo 18), derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (Artículo 19), entre otros.

²¹⁶ *Vid.* LANG, R.; KETT, M.; GROCE, N.; TRANI, J.F., "Implementing the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: principles, implications, practice and limitations", *ALTER - European Journal of Disability Research / Revue Européenne de Recherche sur le Handicap*, vol. 5, 3, 2011, pág. 208.

Profundizando en este enfoque, es conveniente destacar dos reflexiones. La primera de ellas es, como ya se ha podido detectar, que la CIDPD concreta los principios y directrices de políticas previstas en las Normas Uniformes con mayor precisión y detalle. El enfoque asumido por la CIDPD es claramente transformador; parte como base del contenido que en su momento se plasmó en las Normas Uniformes y, además añade la eficacia jurídica necesaria para considerarlos derechos, a la par que se reformula su configuración para reforzarlos. En segundo lugar, se observa que muchos de los nuevos derechos plasmados en la CIDPD son tributarios de los ya reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La CIDPD pretende asegurar el contenido de los derechos de la mencionada norma²¹⁷, y, de hecho, va mucho más allá, pues asume como tarea principal la creación de contenido específico para las personas con discapacidad, y adapta el reconocimiento de los derechos humanos a las necesidades de este colectivo²¹⁸. Este enfoque aspira a dar una especial protección en ámbitos que, o bien han sido tradicionalmente ignorados por otros textos normativos, o no han sido diseñados teniendo en cuenta las necesidades de este colectivo. En este punto, conviene señalar que el planteamiento asumido por los Estados Parte dista mucho del clásico reconocimiento de derechos a los ciudadanos pertenecientes a este colectivo. La norma establece un marco que impone obligaciones a los Estados, y, en consecuencia, la existencia de los derechos previstos en la CIDPD se condiciona al correcto cumplimiento de las

²¹⁷ Vid. MONZÓN, P.; TRÖMEL, S.; SOTO RUÍZ, J.J., "El impacto de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *El empleo público y las personas con discapacidad*, Cinca, Madrid, 2009, pág. 391.

²¹⁸ Claros ejemplos son la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Artículo 15) que incluye el contenido del artículo 5 DUDH, y además, añade la imposibilidad de someter a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento y un mandato a los Estados para proteger especialmente a este colectivo; el derecho a la libertad de desplazamiento y nacionalidad (Artículo 18) que se encarga de plasmar el contenido del artículo 13 y 15 DUDH y añadir una serie de garantías que afianzan el ejercicio de tales derechos; el derecho a la libertad de expresión, opinión y libre acceso a la información (Artículo 21), que amplía el alcance del artículo 19 DUDH en el sentido de introducir el principio de igualdad en la caracterización de este derecho; el derecho a la educación (Artículo 24), que abarca una serie de mandatos legislativos específicos en aras de adaptar el artículo 26 DUDH a una configuración que reconozca y elimine las dificultades con las que se hallan las personas con discapacidad; el derecho al trabajo (Artículo 27) que va más allá de lo previsto en el artículo 23 DUDH, ofreciendo un catálogo de mecanismos que pretenden asegurar el ejercicio efectivo de este derecho, y entre otras, se plasma como medida pertinente la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad, velar por la protección de los derechos de este colectivo en igualdad de condiciones, asegurar el ejercicio de derechos laborales y sindicales o velar para que se realicen ajustes razonables del puesto de trabajo; el derecho a disfrutar de protección social (artículo 28), que amplía el escueto mandato del artículo 22 DUDH, incluyendo previsiones que concretan la asistencia estatal a este colectivo en materia de programas de protección social, servicios de cuidado temporales o programas de vivienda pública, entre otros.

medidas a adoptar exigidas por el citado texto²¹⁹. De esta manera, se crea una dimensión específica para el reconocimiento y ejercicio de derechos, y queda patente que el propósito es introducir el principio de igualdad en el ejercicio de los derechos, garantizando así un disfrute real y efectivo de aquellos.

Ahora bien, como ya se ha señalado por alguna autora, existen dudas respecto a la calificación de ciertos artículos que tratan aspectos que no se hallaban previstos en normas internacionales²²⁰. Específicamente, nos referimos a la accesibilidad universal (artículo 9), la movilidad personal (artículo 20) a la habilitación y rehabilitación (artículo 26) y la participación en la vida política y pública (artículo 29). Estos ámbitos se introducen por primera vez en la CIDPD, y no se utiliza la denominación “derecho” para referirse a ellos, lo que ha planteado dudas respecto a su naturaleza y exigencia. Básicamente, existe una posición tributaria de la voluntad de los Estados Parte, que califica estos ámbitos como medios instrumentales para garantizar el uso y disfrute de los derechos²²¹. Sin embargo, esta interpretación restrictiva de la norma ha sido criticada por diversos autores, que entienden que la CIDPD reconoce nuevos derechos específicos para este colectivo²²².

²¹⁹ Para un estudio en profundidad sobre los retos y desafíos de la incorporación de la CIDPD en los ordenamientos jurídicos, véase LORD, J.; STEIN, M.A., “The Domestic Incorporation of Human Rights Law and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Washington Law Journal*, vol. 83, 2008, págs. 449-479.

²²⁰ Vid. PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., págs. 271-272.

²²¹ En este sentido, véase KAYESS, R.; FRENCH, P., “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, op. cit., pág. 20, que explica claramente esta posición. Concretamente, señala que “*The GA mandate under which the CRPD was developed stipulated that the negotiating Committee was not to develop any new human rights [...] Consistent with this view, the United Nations CRPD online information continues to assure the reader that the CRPD does not create any new rights or entitlements, [rather it] express[es] existing rights in a manner that addresses the needs and situations of persons with CPRD disabilities*”. En idéntica dirección, LANG, R. ET AL, “Implementing the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: principles, implications, practice and limitations”, op. cit., pág. 209 *in fine* expone la misma idea, identificando que “*The United Nations maintain that no new rights have been created, [...]*”.

A favor de esta posición, vid. KETT, M.; LANG, R.; TRANI, J.F., “Disability, Development and the Dawning of a New Convention: A cause for Optimism?”, *Journal of International Development*, vol. 21, 5, 2009, pág. 651; MÉGRET, F., “The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights”, *International Journal of Human Rights*, núm. 261, 2008 y MÉGRET, F., “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?”, *Human Rights Quarterly*, vol. 30, 2, 2008.

²²² Esta posición ha sido defendida por DE ASIS ROIG, R. ET AL, *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, op. cit., págs. 117 y 118; HENDRIKS, A., “UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *European Journal of Health Law*, vol. 14, 2007, pág. 277; KAYESS, R.; FRENCH, P., “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, op. cit., págs. 20 y 32, que identifica la incoherencia de dirigir la eficacia de la CIDPD como una defensa futura de los derechos humanos centrados en las personas con discapacidad.

Sin ánimo de entrar a analizar la naturaleza de tales preceptos, básicamente porque escapa de las pretensiones de este apartado, la segunda tesis es la que parece más adecuada a la voluntad normativa de la CIDPD. La norma internacional se erige con la pretensión de instaurar un régimen jurídico de los derechos de las personas con discapacidad cuyo núcleo esencial es la igualdad de oportunidades. Y en un escenario como este, la creación de nuevos derechos complementarios a los derechos humanos es una actuación imprescindible. De hecho, si examinamos la configuración básica de cada uno de los artículos citados, se puede comprobar que se utiliza la misma construcción jurídica que en aquellos preceptos en los que se utiliza la denominación “derechos”. Es decir, se aboga por una fórmula que exige a los Estados la adopción de medidas de los distintos aspectos que entraña una ejecución plena del derecho. Ahora bien, conviene destacar que la CIDPD, por su naturaleza internacional, es una norma que insta a los Estados a tomar medidas indeterminadas en vistas a cumplir un objetivo. Ello significa que la verdadera materialización como derechos dependerá enteramente de los Estados, y, en consecuencia, la naturaleza de estos nuevos derechos dependerá plenamente del alcance de las medidas que adopten los países²²³.

En otro orden de cosas, el objetivo principal de la CIDPD es paliar la desventaja social y jurídica de las personas con discapacidad. Esta circunstancia permite destacar el protagonismo que asume la prohibición de no discriminación en el marco de este tratado internacional²²⁴. Para ello, se incluye un catálogo de derechos cuya garantía de ejercicio en igualdad de oportunidades corresponde a los Estados. La perspectiva que se asume se centra en definir la discapacidad como el resultado de una serie de interacciones fruto de dos ámbitos claramente diferenciados: un aspecto personal y otro contextual²²⁵. Este enfoque se ha traducido, a efectos de ofrecer una protección efectiva, en la previsión de

²²³ Conviene matizar en este punto que la libertad de actuación de los estados parte es, en algunas ocasiones, más reducida que en otras. El ejemplo más claro de exigencia normativa se observa en el ámbito de la educación (artículo 24), que, a diferencia de otras previsiones, como por ejemplo las relativas a protección social (artículo 28), contempla mandatos muy definidos con poco margen de maniobra.

²²⁴ En este sentido, véase VALDÉS DAL-RE, F., “El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad”, op. cit., pág. 4.

²²⁵ Vid. BICKENBACH, J., “Disability, Culture and the UN Convention”, *Disability and Rehabilitation*, vol. 31, 14, 2009, pág. 1120.

derechos en todos los ámbitos de la vida, introduciendo así las herramientas necesarias para la materialización de una integración real y efectiva. Entre estos ámbitos encontramos aspectos clásicos como el derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona, protección contra la tortura; y otros más nuevos como el reconocimiento como persona ante la ley, el acceso a la justicia o el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

Y para lograr este objetivo la CIDPD contempla, además de un enfoque amplio en la previsión de los derechos, dos características muy particulares: la introducción del modelo social como paradigma de tratamiento y un concepto de persona con discapacidad dinámico.

Respecto a la primera característica, la norma plasma una clara voluntad de continuar la introducción del modelo social en el plano jurídico, tendencia esta iniciada de forma fallida por las Normas Uniformes²²⁶. La CIDPD, por su valor jurídico, supone un paso más allá en esta dirección y materializa el modelo social como paradigma de tratamiento jurídico de la discapacidad²²⁷. Desde un primer momento, los Estados firmantes han sido conscientes de la trascendencia que suponía la utilización de un paradigma u otro de tratamiento de la discapacidad, puesto que ello condicionaría la eficacia e implementación de los derechos reconocidos²²⁸. Y en este sentido, la CIDPD asume una de las premisas claves del modelo social, que es la atribución causal de la discapacidad a factores sociales. Claras muestras de su implementación se aprecian en el reconocimiento de barreras sociales en la determinación de la discapacidad²²⁹ y la constatación de un amplio abanico de derechos que *subraya el objetivo del acceso de las personas con discapacidad a diversas esferas sociales*²³⁰.

²²⁶ Para un examen de las Normas Uniformes, véase el apartado 2.3.2 de este estudio.

²²⁷ Claras referencias que ilustran esta circunstancia pueden hallarse en los apartados c y e del preámbulo de la CIDPD, que apuestan, como señala VALDÉS DAL-RE, F., “El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, pág. 4, por abandonar “[...] *la configuración de la discapacidad como un problema asistencial, concibiéndola y tratándola como una cuestión de derechos humanos*”.

²²⁸ Vid. PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, *op. cit.*, págs. 315 a 319, que detalla cómo se desarrollaron las distintas sesiones de discusión del texto.

²²⁹ Vid. apartado e del preámbulo y artículo 1 de la CIDPD.

²³⁰ Vid. COURTIS, C., “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas”, *op. cit.*, pág. 305 y DE LORENZO GARCÍA, R., “Los contornos del Derecho de la Discapacidad”, *op. cit.*, págs. 70-71.

Los efectos prácticos de la introducción del modelo social se derivan de la lectura del artículo 3 de la CIDPD, precepto que prevé una serie de principios generales que pretenden guiar la implementación de los derechos articulados en el texto. La virtud de este planteamiento es que la filosofía del modelo social se halla impregnada en tales principios²³¹, y, en consecuencia, la ejecución de las medidas a adoptar en el marco de los diversos derechos previstos en la CIDPD ha de ser tributaria necesariamente del modelo social. De esta manera, el texto se asegura teóricamente un nivel armonizado en la consecución de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Nos encontramos, pues, ante una norma que plasma la filosofía propia del modelo social²³², pero introduciendo como nuevos elementos la no discriminación como eje vertebrador de aplicación de la norma y la exigibilidad jurídica propia de un tratado internacional.

A propósito de la definición de persona con discapacidad, la CIDPD expone la discapacidad como un concepto dinámico²³³, es decir, un conglomerado de relaciones interactivas entre la persona y su entorno sujetas a variaciones, que permiten afirmar la existencia de una evolución y caracterización propia. Teniendo en cuenta la irrupción del modelo social, puede afirmarse que la caracterización de la discapacidad como un concepto no estático es una consecuencia lógica derivada de atribuir las causas que dan origen a la discapacidad a la sociedad. En efecto, la asunción de la sociedad como ente que dificulta el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad conlleva como efecto la caracterización de la discapacidad como un fenómeno dinámico. La definición de discapacidad, pues, incluye elementos tanto del modelo médico del tratamiento de la discapacidad como del paradigma social²³⁴, ya que el artículo 1 de la CIDPD exige la existencia de una *deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo* y la imposibilidad de participar plenamente en la sociedad cuando existe una interacción entre el individuo y aquella.

²³¹ Para un análisis individualizado y detallado de tales principios, véase PALACIOS RIZZO, A., "The Social Model in the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *op. cit.*, págs. 100-107.

²³² Así lo señala PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, *op. cit.*, págs. 204 y ss.

²³³ *Vid.* apartado e) del preámbulo de la CIDPD.

²³⁴ *Vid.* HENDRIKS, A., "UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *op. cit.*, págs. 276-277.

Ahora bien, la naturaleza del concepto de persona con discapacidad en el marco de la CIDPD ha sido una cuestión no exenta de discusión. Algunas voces autorizadas han sostenido que el artículo 1 de la CIDPD se encarga única y exclusivamente de delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de la CIDPD²³⁵, sin que pueda derivarse un concepto universal de persona con discapacidad del mencionado precepto. Sin embargo, esta tesis no se comparte en el marco de esta obra, toda vez que dificulta el encaje expansivo del modelo social de tratamiento de la discapacidad que propugna la CIDPD. En efecto, este tratado internacional persigue la implementación del paradigma social de tratamiento de la discapacidad mediante la universalización de todos los derechos humanos y su ejercicio efectivo²³⁶, y la calificación del concepto de persona con discapacidad formulada en el artículo 1 de la CIDPD como ámbito subjetivo delimitador restringe los efectos expansivos de los derechos contenidos en la CIDPD, pues implicaría que la definición del artículo 1 de la CIDPD sólo se aplicaría a los derechos recogidos en la CIDPD. Este planteamiento choca con la pretensión de la CIDPD, que aboga por la universalización de los derechos de las personas con discapacidad. Ello exige una lectura amplia del concepto de persona con discapacidad, que vaya más allá de la caracterización del artículo 1 de la CIDPD como delimitador subjetivo de la aplicación de este tratado internacional. En este sentido, el apartado y) del preámbulo de la CIDPD diseña a este instrumento internacional como una norma amplia e integral, con vocación de instaurar un concepto de persona con discapacidad universal extrapolable al ejercicio de todos los derechos de las personas con discapacidad, especialmente en aquellos ámbitos o aspectos en los que la CIDPD no contiene una regulación especialmente detallada, como es la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo. De hecho, la erradicación de la discriminación por discapacidad exige una lectura amplia del concepto de persona con discapacidad, pues la propia naturaleza dinámica del concepto ex apartado e) de la CIDPD así

²³⁵ Vid. VALDÉS DAL-RE, F., "El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad", *op. cit.*, págs. 4-5, que indica que el artículo 1: "[...] no ha pretendido ofrecer un concepto de personas con discapacidad; con menor ambición, el fin perseguido ha sido identificar el ámbito personal de aplicación de la propia Convención, o, en otras palabras, fijar el perímetro subjetivo de las obligaciones que los Estados parte tienen respecto de un determinado colectivo de personas con discapacidad".

²³⁶ Véase el apartado c) del preámbulo de la CIDPD.

lo exige, y, por lo tanto, obliga a asumir un concepto de persona con discapacidad con valor universal.

Como puede observarse, esta conceptualización es tributaria de la CIF²³⁷, con los defectos que ello conlleva²³⁸, y supone como novedad la traslación de esta concepción a un ámbito fronterizo entre el modelo médico y social. La introducción de la valoración de factores sociales en la determinación de la discapacidad permite efectuar un análisis mucho más rico de los obstáculos ante los que se encuentran las personas con discapacidad. De este modo, un enfoque dinámico solventa uno de los principales defectos que presenta el modelo social: la armonización del concepto de discapacidad con las diferencias culturales, es decir, permite que la calificación de diversas personas con patologías similares que convivan en sociedades distintas pueda ser diagnosticada de acuerdo con su propia realidad.

La asunción de un concepto dinámico de discapacidad incrementa su efecto integrador gracias a otra característica interesante que plantea la CIDPD, que es la adopción de la discriminación no solo en relación con la persona con discapacidad, sino por motivo de discapacidad. El artículo 2 de la CIDPD se encarga de definir esta nueva estrategia de lucha contra la discriminación, y define la discriminación por motivos de discapacidad como “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 [...]”. Como puede observarse, nos hallamos ante un planteamiento que supera la existencia de discapacidad y amplía el rango de

²³⁷ Así lo señala BICKENBACH, J., “Disability, Culture and the UN Convention”, *op. cit.*, pág. 1120 *in fine*. Para más información sobre la caracterización de la discapacidad en la CIF, véase el apartado 2.2.2 de este estudio.

²³⁸ Tal y como identifica KAYESS, R.; FRENCH, P., “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *op. cit.*, pág. 21, refuerza la confusión conceptual entre limitación y discapacidad. En esta línea, DE LORENZO GARCÍA, R., “La Convención, un desafío inaplazable”, *op. cit.*, pág. 36, señala que la CIDPD asume un enfoque negativo, de insuficiencia y falta de autonomía de la discapacidad.

Paralelamente, MONZÓN, P. ET AL, “El impacto de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, págs. 406-408, señalan la falta de reconocimiento de discapacidad a las personas con funcionamiento o capacidad intelectual límite, que son personas con coeficiente intelectual inferior al habitual y presentan dificultades en la conducta adaptativa.

protección de la norma²³⁹. Ya no será necesario que la decisión afecte a una persona con discapacidad, sino que se valorará estrictamente la conducta. De esta forma, se incrementan *de facto* las posibilidades de concluir que un comportamiento es discriminatorio, incluyéndose nuevas formas de protección como por ejemplo la discriminación por asociación²⁴⁰.

En cuanto a su contenido, la CIDPD supuso un antes y un después en el tratamiento de la discapacidad a nivel global. Si bien algunos autores han señalado que entre sus innovaciones más importantes se encuentra trasladar la protección de este colectivo al plano de los derechos humanos²⁴¹, aumentar la visibilidad de las personas con discapacidad o exigir el establecimiento de sistemas para supervisar exhaustivamente el ejercicio de los derechos de este colectivo²⁴², la virtud de esta norma más destacada es la formulación de su contenido en clave de derechos sin abandonar el lenguaje de principios y objetivos²⁴³. De hecho, la piedra angular que convierte a la CIDPD en una norma de importancia capital no fue la plasmación de un catálogo de nuevos derechos, sino *asegurar el uso del principio de no discriminación*²⁴⁴, de tal forma que se produce una integración del citado principio en cada uno de ellos. Esta peculiaridad significó un gran avance en la instrumentación real del principio de igualdad de oportunidades porque no se trata de una norma centrada exclusivamente en la no discriminación; antes al contrario, se utiliza este recurso

²³⁹ En este sentido, MONZÓN, P. ET AL, "El impacto de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", *op. cit.*, pág. 411 identifican como nuevas situaciones que pueden ser calificadas como discriminación por razón de discapacidad la de aquellas personas con predisposición genética a adquirir una determinada discapacidad o las personas que hayan padecido una discapacidad en el pasado.

²⁴⁰ A propósito de la discriminación múltiple, véase el examen a la STJUE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415 en el apartado 3.5.2 de este estudio.

²⁴¹ Vid. DE ASIS ROIG, R., "Derechos Humanos y Discapacidad", en JIMÉNEZ, E (Coord.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, Dykinson, Buenos Aires, 2006; PALACIOS RIZZO, A.; BARRIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007; KAYESS, R.; FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *op. cit.*, págs. 2-3; TRÖMEL, S., "Hacia un derecho internacional de la discapacidad", en PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.), *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 1063.

²⁴² Vid. DE LORENZO GARCÍA, R., "Los contornos del Derecho de la Discapacidad", *op. cit.*, pág. 74.

²⁴³ Vid. COURTIS, C., "Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas", *op. cit.*, pág. 306; DE LORENZO GARCÍA, R., "Los contornos del Derecho de la Discapacidad", *op. cit.*, pág. 71; KETT, M. ET AL, "Disability, Development and the Dawning of a New Convention: A cause for Optimism?", *op. cit.*, pág. 658; y CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, *op. cit.*, pág. 26.

²⁴⁴ Vid. PALACIOS RIZZO, A.; PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.), "La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española", en *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 173.

como un medio complementario a la necesidad de implementar políticas de acción positiva. Se produce, pues, una verdadera universalización de los derechos humanos centrada en las personas con discapacidad. La configuración de los derechos se adapta a las condiciones necesarias para garantizar que este colectivo pueda ejercerlos efectivamente.

Asimismo, es importante destacar que este texto legal introduce un modelo de tratamiento de la discapacidad basado fundamentalmente en la accesibilidad. Fruto de la enorme influencia del modelo social de tratamiento de la discapacidad en la configuración de la CIDPD, la norma aboga por fomentar la integración desde la perspectiva de la transformación de las infraestructuras sociales. En puridad, se detecta que la integración de las personas con discapacidad exige centrar el debate en los defectos que presenta la sociedad, y se apuesta principalmente por la transformación de entornos, instalaciones, bienes y servicios excluyentes e inaccesibles. Así, se asume como elemento imprescindible para el fomento de la integración, por primera vez en la historia, el paradigma de la accesibilidad y del diseño universal²⁴⁵.

Y en estrecha conexión con este principio, debe traerse a colación otra característica principal de la CIDPD: la consagración de los ajustes razonables como instrumento principal para lograr la igualdad de oportunidades. Hasta la fecha, la presencia de esta medida era más bien tímida²⁴⁶, pero la irrupción en la normativa del modelo social como paradigma de tratamiento de la discapacidad ha cambiado esta tendencia. Los Estados Partes consagraron los ajustes razonables como un instrumento universal sobre el que pivota el ejercicio de todos los derechos, y su incumplimiento es calificado como un comportamiento

²⁴⁵ Vid. COURTIS, C., "Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas", *op. cit.*, pág. 312.

²⁴⁶ La presencia de los ajustes razonables se aprecia por primera vez en las Normas Uniformes pero la eficacia de esta norma no permite afirmar que nos encontremos ante una obligación *stricto sensu*. Ciertamente, existieron referencias cercanas conceptualmente en resoluciones anteriores, tales como la obligación de acomodo del proceso formativo de la Resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959, dictada por la Asamblea General, por la que se aprueba la Declaración de los Derechos del niño, el derecho a la readaptación profesional de la Resolución 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975, por la que se aprueba la Declaración de los Derechos de los impedidos o la aplicación de los principios ergonómicos para llevar a cabo la adaptación ex Resolución 37/52, e incluso en los convenios OIT núm. 159 y las recomendaciones núm. 99 y 150. Sin embargo, su presencia ha sido sumamente limitada y carente de una conceptualización sólida como la asumida por la CIDPD.

discriminatorio²⁴⁷. Su versatilidad radica en las enormes posibilidades que ofrece y en la alineación que supone con la filosofía del modelo social. Así, los ajustes razonables surgen como herramienta para acomodar el entorno a las necesidades individuales que pueden requerir las personas con discapacidad en un ámbito en particular, y supone una toma de conciencia respecto a la necesidad de efectuar adaptaciones del ámbito en particular para lograr la igualdad de oportunidades²⁴⁸.

En consecuencia, nos encontramos ante la irrupción de un nuevo paradigma en el tratamiento de la discapacidad que pretende superar las limitaciones inherentes a aproximación tradicionales basadas en la rehabilitación de este colectivo. Tal es la importancia que los Estados Parte han querido transferir a esta medida que se vincula como un mecanismo de igualdad de oportunidades aplicable a cualquier ámbito y cuyo incumplimiento se calificará como una conducta discriminatoria ex artículo 2 de la CIDPD.

En particular, la previsión de los ajustes razonables cumple con la voluntad normativa de la CIDPD, consistente en la implementación de la accesibilidad universal, y surge como garantía durante la transición social hacia una plena accesibilidad. Nos encontramos, pues, ante una voluntad normativa que apunta a la accesibilidad universal como política de actuación para lograr la inclusión plena de las personas con discapacidad, y en este punto los ajustes razonables juegan un papel determinante, pues constituyen la materialización de esta línea normativa en cada ámbito.

No obstante, debe criticarse que nos encontramos ante una pretensión excesivamente ambiciosa, que peca de prever este mecanismo para todos los ámbitos, lo que contrasta con la falta de caracterización de elementos fundamentales de los ajustes. El ejemplo más claro lo encontramos en la carga desproporcionada o indebida, cuya configuración incluye conceptos excesivamente ambiguos y que no se hallan definidos a causa de la falta de consenso en la fase de negociación del texto. De hecho, la previsión de las palabras “desproporcionada” e “indebida” es otro factor que complica la

²⁴⁷ Véase artículo 2 de la CIDPD.

²⁴⁸ Vid. HENDRIKS, A., “UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *op. cit.*, pág. 277.

determinación de la existencia de una carga inasumible por el empresario. La inclusión de estas dos palabras pretendía ofrecer en un primer momento un marco alternativo a fin de dotar de una cierta flexibilidad al empresario, pero la realidad es que se han creado dos conceptos que pueden ser variables en función del contexto, y, en consecuencia, ofrecen vías para el incumplimiento de la obligación²⁴⁹.

Llegados a este punto, especial comentario merece la instrumentación del derecho al trabajo prevista en la CIDPD. El esquema del artículo 27 de la CIDPD es muy similar al de los demás preceptos de este texto internacional que reconocen derechos, es decir, nos encontramos ante una construcción teórica del derecho en cuestión que lo reconoce y lo adapta a las exigencias del principio de igualdad, y a su vez, establece un catálogo de medidas encaminado a materializar su implantación en los Estados Partes.

Así, en primer lugar, se encarga de reconocer, en un plano internacional, el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás (apartado 1), el no sometimiento a esclavitud ni servidumbre y la protección contra el trabajo forzoso (apartado 2). En este marco, se aprecia una clara voluntad de definir explícitamente dos aspectos clave: el acceso libre al empleo y la prestación de servicios en entornos abiertos, inclusivos y accesibles. Los Estados Partes confluyeron en ampliar el alcance clásico de este derecho, impregnando gran parte de los principios generales incardinados en el artículo 3 de la CIDPD, todo ello en aras de crear una dimensión específica del derecho al trabajo inspirada claramente en el paradigma social de tratamiento de la discapacidad.

En segundo lugar, se prevé un amplio catálogo no cerrado de medidas para llevar a cabo la implementación del derecho al trabajo de este colectivo, tales como la prohibición de discriminación por razón de discapacidad en los distintos estadios

²⁴⁹ Vid. KAYESS, R.; FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *op. cit.*, pág. 27, que constata que "*the terms 'disproportionate' and 'undue burden' appear to have been intended by the Ad Hoc Committee as alternatives, but have been drafted as additive, effectively creating a two-element test that may allow the obligation to be evaded at the lower of either threshold (which may vary according to context)*".

de la relación laboral, la protección de los derechos en igualdad de condiciones que los demás trabajadores o el fomento del empleo de este colectivo en el sector público y privado, entre otras²⁵⁰. Como puede observarse, las medidas previstas son prácticas habituales dentro de las políticas activas de empleo de los Estados Partes.

Una precisión que prevé la CIDPD es la referencia al mantenimiento y la salvaguarda del derecho al trabajo incluso en aquellos supuestos en los que la discapacidad se origina o detecta durante la relación laboral. La voluntad de los Estados Partes fue claramente integradora, y tal manifestación se extiende incluso al concepto de persona con discapacidad en el ámbito del trabajo. En efecto, la CIDPD incluye de forma expresa a aquellos trabajadores que, durante la relación de trabajo, adquieren una discapacidad. Esta precisión, si bien parece menor, ostenta una importancia indiscutible pues reconoce la posibilidad de aplicarle a un trabajador las medidas de protección del derecho al trabajo en el momento en el que adquiera la consideración de persona con discapacidad, aunque se halle contratado por un empresario. A efectos prácticos, esta inclusión establece un mandato indirecto de protección contra el despido del trabajador por ineptitud sobrevenida, dado que extiende, como ya se ha señalado, la protección conferida a las personas con discapacidad.

A modo de cierre, conviene destacar que la CIDPD introduce como mecanismo de igualdad de oportunidades en el empleo una novedad significativa: la realización de ajustes razonables en el lugar de trabajo²⁵¹. Se trata de una clara manifestación del principio de accesibilidad universal en un campo en el que las medidas habituales destinadas a la integración se centraban exclusivamente en la previsión de incentivos. Nos encontramos, pues, ante un cambio de paradigma en la lucha contra la discriminación e igualdad de oportunidades en el empleo, que traslada al escenario internacional la estela iniciada por el artículo 5 de la Directiva 2000/78²⁵².

²⁵⁰ El listado de las once medidas contempladas puede hallarse en el artículo 27 de la CIDPD.

²⁵¹ *Vid.* Artículo 27.i de la CIDPD.

²⁵² Para un examen sobre la Directiva 2000/78 y su artículo 5, véase el epígrafe 3.3.2 de esta obra.

La caracterización de esta institución en el marco de la CIDPD es coherente con el escenario de libertad que pretende ofrecer a los Estados Partes en su implantación. Así, se ofrece una definición general de la institución no contextualizada en el ámbito laboral²⁵³, y se sitúa a los Estados Parte como garantes del cumplimiento de la obligación. Lamentablemente, no se concretan los criterios orientadores de su aplicación en el empleo, y este es el principal defecto que puede achacarse a la previsión de esta institución en la CIDPD. Especialmente acuciante es la omisión del significado de la expresión “carga desproporcionada o indebida”, concepto este sobre el que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 sí que se pronuncia, y sobre el que, probablemente, existió un consenso generalizado de su significado.

2.4. Organización Internacional del Trabajo

La OIT, como agencia especializada de las Naciones Unidas en materia de justicia social y fomento de los derechos humanos y laborales reconocidos en un plano internacional, ha desempeñado un papel no muy destacado en la integración laboral de las personas con discapacidad. Su naturaleza de organismo internacional, junto con la tipología de normas que dicta – Convenios internacionales y Recomendaciones-, posicionan teóricamente a la OIT en un plano central en materia de defensa de los derechos de este colectivo, pero actualmente su papel ha sido anecdótico en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad.

Las Recomendaciones de la OIT también han sido un instrumento internacional de notable influencia por su conceptualización como guías interpretativas asociadas a determinados Convenios, aún tratándose de directrices no vinculantes. De hecho, estos instrumentos no están abiertos a la ratificación de los Estados miembros y se encargan de señalar pautas y directrices técnicas para orientar la acción nacional hacia el objetivo que persiguen, tal y como ha señalado

²⁵³ El artículo 2 de la CIDPD define como ajuste razonable: “*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*”.

la doctrina²⁵⁴. En este sentido, el artículo 19.6 de la Constitución de la OIT, que se encarga de señalar las obligaciones de los Estados miembro en cuanto a las Recomendaciones, las conceptualiza como instrumentos que deberán ejecutarse por medio de la legislación nacional, sin necesidad de ratificarse, y cuya única carga obligacional consiste en someter la Recomendación a la autoridad o autoridades competentes ex artículo 19.6.c Constitución de la OIT. Esta caracterización conceptualiza a las Recomendaciones como instrumentos secundarios de menor importancia, que complementan a los Convenios.

Así, este apartado pretende analizar los Convenios y Recomendaciones dictados por este organismo referidos a la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Para ello, se utilizará un criterio cronológico, diferenciando tres periodos en los que se incluirán los Convenios y Recomendaciones dictados. De esta manera, el primero de ellos abarcará desde 1945 hasta 1959, el segundo intervalo temporal analizará los Convenios y Recomendaciones dictados desde 1960 hasta 1984 y, el último se encargará de examinar los Convenios y Recomendaciones dictados desde 1985 hasta la actualidad.

2.4.1. Convenios y Recomendaciones adoptados durante el periodo 1945 – 1959

El primer Convenio de la OIT que se refiere al empleo de personas con discapacidad fue el Convenio número 88 de la OIT sobre el servicio del empleo, de 9 de julio de 1948. Este tratado, que se encarga de sentar las bases homogéneas de un servicio público y gratuito de empleo para todos los Estados miembros, no supuso una gran contribución al empleo de las personas con discapacidad. Las causas de la escasa repercusión se deben a la pobreza con la que incide el texto normativo respecto a este colectivo. Concretamente, el artículo 6.a.I plasma la obligación de los servicios públicos de empleo de llevar un registro de los solicitantes de empleo, en el que se valoren sus aptitudes profesionales, la evaluación de sus aptitudes físicas y profesional, y la asistencia en la obtención de los medios necesarios para una readaptación profesional, en su caso, entre

²⁵⁴ Vid. BARBERO MARCOS, J., *Normas internacionales del trabajo de la OIT*, Lex Nova, Valladolid, 1993, pág. 14.

otros. A esta disposición le acompaña el artículo 7.b, el cual exige a los Estados miembros la toma de medidas para satisfacer adecuadamente las necesidades de “categorías especiales de solicitantes de empleo, tales como los inválidos”.

El siguiente instrumento que debe destacarse es la Recomendación núm. 99 de la OIT relativa a la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, de 22 de junio de 1955. Esta Recomendación sitúa la adaptación y la readaptación como una institución clave en la inserción de las personas con discapacidad²⁵⁵, y muestra una clara intención de complementar el Convenio núm. 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, de 20 de junio de 1983, actuando así como guía interpretativa²⁵⁶, desafortunadamente no vinculante. En este sentido, esta Recomendación asume un enfoque pragmático²⁵⁷, cercano al modelo médico²⁵⁸, con una clara voluntad de concretar medidas para lograr la igualdad de oportunidades, plasmando en sus apartados III, V y VII un catálogo de principios y medidas destinadas a la orientación profesional, la formación profesional y la colocación de las personas con discapacidad (III), diversos métodos para favorecer la utilización de los medios de adaptación y readaptación profesionales (V) y distintas medidas para aumentar las oportunidades de empleo de este colectivo (VII). Destacan entre ellas la necesidad de efectuar entrevistas con un orientador profesional (apartado III.4.a), el examen médico con miras a la orientación profesional (apartado II.4.d), la determinación de la capacidad física del interesado (apartado III.4.i), suprimir los obstáculos que pudieran impedir a la persona con discapacidad la adaptación satisfactoria al puesto de trabajo (apartado III.11.b), información y publicidad sobre los medios de adaptación y readaptación profesionales disponibles y sobre las perspectivas que esos medios ofrezcan a los interesados (apartado V.21.a), concesión de asistencia financiera apropiada y suficiente a los trabajadores con

²⁵⁵ Vid. considerando segundo de la Recomendación núm. 99 de la OIT relativa a la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, de 22 de junio de 1955.

²⁵⁶ Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Derecho al Trabajo de las Personas con Discapacidad*, op. cit., pág. 11.

²⁵⁷ Tal y como señala GARCÍA MURCIA, J., “El trabajo de los incapacitados”, *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, vol. 91, 1998, pág. 26, las posibles actuaciones que prevé esta Recomendación pueden sintetizarse en tres apartados: a) la atención a las necesidades específicas de formación y orientación profesional; b) la adopción de medidas capaces de aumentar al máximo las oportunidades de empleo de este colectivo; y, finalmente, c) la puesta en marcha de medios de formación y trabajo protegido de carácter especial para quienes no puedan incorporarse en el mercado de trabajo ordinario.

²⁵⁸ Vid. CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 30.

discapacidad (apartado V.21.b), no discriminación en salario y condiciones de trabajo a personas con discapacidad (apartado V.25), insistiéndose en el texto que se debería hacer hincapié en las aptitudes y en la capacidad para el trabajo de los interesados y no en su discapacidad (apartado VII.29.c) o medios para estimular a los empleadores a trasladar a los trabajadores cuya capacidad de trabajo haya cambiado por haber disminuido su capacidad física a empleos adecuados dentro de sus empresas (apartado VII.30.d), entre otros.

A esta relación de medidas debe sumársele el apartado IV relativo a la organización administrativa, que se encarga de instrumentalizar la puesta en marcha de estas medidas, mediante la atribución de la ejecución de los servicios de adaptación y de readaptación profesionales a los organismos existentes de orientación profesional, formación profesional y colocación (apartado IV.12), y de especificar una serie de mecanismos para lograr la colaboración y coordinación entre los organismos públicos y privados²⁵⁹.

Como puede observarse, esta Recomendación refleja la preocupación internacional por la recolocación y adaptación de las personas con discapacidad y la voluntad de modificar el paradigma de tratamiento de la discapacidad. Es cierto que la influencia del modelo médico es muy apreciable²⁶⁰, y eso ha llevado a algunos sectores de la doctrina a afirmar la incardinación de este documento en un planteamiento segregador²⁶¹. No obstante, algunas de las previsiones que contiene esta Recomendación son cercanas a conceptos más propios del modelo social, es decir, con un enfoque dirigido hacia la accesibilidad y una connotación claramente inclusiva. En este sentido, debe destacarse la no separación entre trabajadores con discapacidad y sin discapacidad en el marco de la formación

²⁵⁹ El apartado IV.17.2 se encarga de especificar tres medidas clave: (a) determinación de las responsabilidades y obligaciones de los organismos públicos y privados; (b) ayuda financiera a los organismos privados que participen realmente en las actividades de adaptación y readaptación profesionales; y, finalmente, (c) asesoramiento técnico a los organismos privados.

²⁶⁰ Vid. WADDINGTON, L., "Evolving Disability Policies: From Social-Welfare to Human Rights. An International Trend from a European Perspective", *op. cit.*, pág. 146. Buenos ejemplos son la utilización, como método de orientación profesional, de exámenes médicos (apartado III.4.d), la evaluación de las aptitudes y del desarrollo de la capacidad mediante experimentos y pruebas prácticas apropiadas (apartado III.4.g), la asistencia financiera para las personas con discapacidad como medida para favorecer la utilización de los medios de adaptación y readaptación profesionales (apartado V.21.b) o la estrecha colaboración que exige este instrumento internacional entre las Instituciones Encargadas del Tratamiento Médico y de la Adaptación y Readaptación Profesionales (apartado VI), entre otros.

²⁶¹ Vid. DEGENER, T., "Disability Persons and Human Rights: The Legal Framework", *op. cit.*, pág. 21.

profesional (apartado III.7), la necesidad de adoptar medidas de control con objeto de suprimir, en la medida de lo posible, los obstáculos que pudieren impedir a la persona con discapacidad adaptarse satisfactoriamente a su trabajo (apartado III.11.b), la posibilidad de utilizar los medios de adaptación y readaptación profesionales sin que ello suponga la pérdida de cualquier prestación de Seguridad Social adquirida (apartado V.23), la no discriminación en el salario, condiciones de trabajo y en el acceso al empleo por razón de discapacidad (apartados V.25 y VII.29.a) o la valoración de las aptitudes y capacidad laboral por encima de la discapacidad (apartado VII.29.c).

El segundo instrumento que conviene destacar es el Convenio núm. 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958. Si bien es cierto que esta norma asume un planteamiento genérico de no discriminación²⁶², nos encontramos ante un Convenio cuya principal virtud no es precisamente su contenido, pues confiere un gran margen de libertad a los Estados miembros, sino su voluntad de lograr una total igualdad de oportunidades. Para ello, se plasma en su artículo 1 una definición de discriminación que incluye “[...] cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación²⁶³”, cláusula esta que se acompaña de una disposición general que prevé asimismo “cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación [...]”²⁶⁴. Las medidas nacionales que se exigen para lograr la igualdad de oportunidades tienen un alcance muy amplio²⁶⁵, e incluyen la promulgación de leyes²⁶⁶, la derogación de

²⁶² En este sentido, véase GARCÍA MURCIA, J., “El trabajo de los incapacitados”, *op. cit.*, pág. 26 y TUSET DEL PINO, P., *La contratación de trabajadores minusválidos*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 55.

²⁶³ Véase artículo 1.1.a del Convenio núm. 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958.

²⁶⁴ Véase artículo 1.1.b del Convenio núm. 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958.

²⁶⁵ *Vid.* NUÑEZ GONZÁLEZ, C., *La integración laboral de las personas con discapacidad: régimen jurídico*, Escuela Libre, Madrid, 2000, pág. 20, que señala que “Estas discriminaciones a las que se refiere [el Convenio] pueden haber nacido de una ley, aunque la prohibición no se limita a ellas, haciéndose extensiva a las que resulten de la práctica que, en realidad, son las más frecuentes.”

²⁶⁶ Véase artículo 3.b del Convenio núm. 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958.

disposiciones legislativas incompatibles²⁶⁷ o la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos²⁶⁸, entre otros mecanismos.

De esta manera, esta norma pretende sentar las bases de la lucha contra la no discriminación, delimitando su alcance, tal y como ha señalado la doctrina²⁶⁹, a través de una doble preocupación: eliminar las desigualdades de trato y promover la igualdad de oportunidades. Teniendo en cuenta el momento histórico en el que se dictó, nos encontramos ante un primer paso en sede internacional del reconocimiento de la importancia de la lucha contra la discriminación para lograr una verdadera igualdad en materia de empleo. Es cierto que la discapacidad, al igual que otras circunstancias²⁷⁰, no aparece explícitamente incluida como causa de discriminación, lo que es acorde con el paradigma de tratamiento vigente en el año 1958²⁷¹. Sin embargo, la norma es en cierta manera visionaria al intuir que en un futuro proliferarían nuevas formas de discriminación²⁷², y ello es un logro de necesaria mención.

De hecho, la OIT consideró de tal importancia esta temática que dictó la Recomendación núm. 111 de la OIT, relativa a la discriminación (empleo y ocupación), de 25 de junio de 1958, que guarda una estrecha conexión con el Convenio núm. 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958. Este instrumento internacional formula de forma más precisa las distintas medidas que los Estados Firmantes deberían adoptar para lograr la plena igualdad de oportunidades. En líneas generales, esta

²⁶⁷ Véase artículo 3.c del Convenio núm. 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958.

²⁶⁸ Véase artículo 3.a del Convenio núm. 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958.

²⁶⁹ Vid. NUÑEZ GONZÁLEZ, C., *Interculturalidad y Derecho del Trabajo. Una aproximación a la gestión no discriminatoria de la diversidad cultural en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 55.

²⁷⁰ Por ejemplo, edad, responsabilidades familiares, estado civil, idioma, nacionalidad u orientación sexual, entre otros, tal y como se pone de manifiesto en OIT, “*Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Informe III (Parte I B)*”, Ginebra, 2012, pág. 360-368.

²⁷¹ Para un estudio en profundidad a propósito del paradigma médico de tratamiento de la discapacidad, véase el apartado 1.2 de este estudio.

²⁷² Claras muestras de esta anticipación al surgimiento o reconocimiento de nuevas formas de discriminación son los artículos 1.1.b y 2, que prevén, respectivamente, una cláusula de alcance general que incluye el término “discriminación por motivos distintos a los previstos en el artículo 1.1.a”, y la mención expresa a la erradicación de cualquier discriminación como finalidad de las políticas nacionales a desarrollar como consecuencia de la ratificación de este convenio.

Recomendación se encarga de desarrollar el principio de no discriminación en el empleo mediante el establecimiento de diversos principios y medidas. Así, se establece la igualdad de trato en el empleo como una cuestión de interés público (apartado II.2.a), se identifica una serie de parcelas relativas al Derecho del Trabajo donde debe garantizarse la igualdad de oportunidades (apartado II.2.b)²⁷³, y se expresa la conveniencia de respetar el principio de igualdad de oportunidades en las negociaciones colectivas y en las relaciones de trabajo (apartado II.2.e), entre otras. En el marco de las actuaciones nacionales que deberían practicarse, la Recomendación contempla la no discriminación en el empleo público (apartado II.3.a) y en otros sectores de la formación profesional en los que intervengan administraciones públicas (apartado II.3.b), la creación de organismos, compuestos por representantes de trabajadores y empleadores, en los que se difunda el cumplimiento del principio de igualdad y se gestionen denuncias de su infracción (apartado II.4), o la derogación de normas y prácticas administrativas incompatibles con el citado principio, entre otras medidas.

Como puede apreciarse, la Recomendación núm. 111 de la OIT, relativa a la discriminación (empleo y ocupación), de 25 de junio de 1958 ostenta un alcance general en el que no se presta especial atención a la discapacidad. La única mención sobre esta circunstancia la hallamos en el apartado II.6, y se pretende compatibilizar la aplicación de la política de no discriminación con las medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de personas con discapacidad. En este sentido, la Recomendación núm. 111 de la OIT, relativa a la discriminación (empleo y ocupación), de 25 de junio de 1958, con el agravante que supone su eficacia jurídica. Así pues, la previsión y desarrollo de un marco genérico de lucha contra la discriminación es el aspecto más interesante de la Recomendación, destacando especialmente la voluntad de luchar por una total igualdad de oportunidades y la previsión visionaria, ya señalada en el Convenio núm. 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958, que incluye *cualquier otra distinción, exclusión o*

²⁷³ Esta Recomendación contempla un total de seis ámbitos entre los que se incluyen el acceso a los servicios de orientación profesional y colocación; la seguridad en el empleo, la remuneración o las condiciones de trabajo (horas de trabajo, períodos de descanso, vacaciones anuales pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, Seguridad Social, servicios sociales y prestaciones sociales en relación con el empleo), entre otros.

*preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación*²⁷⁴.

2.4.2. Convenios y Recomendaciones adoptados durante el periodo 1960 – 1984

El año 1964 se dictó otro de los Convenios que, si bien no contempla como destinatarios a las personas con discapacidad, actúa como fundamento de la integración laboral del citado colectivo. El Convenio núm. 122 de la OIT sobre la política del empleo, de 9 de julio de 1964, contiene, en su artículo 1, un mandato básico para la igualdad de oportunidades: la obligación de llevar a cabo “[...] *una política destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido*”. De hecho, su artículo 2 precisa en qué deberá consistir esta política, incluyendo la disponibilidad de trabajo para todas las personas que busquen trabajo, garantizando la libertad en la selección de empleo y su desarrollo de acuerdo a las facultades que posea el trabajador, sin que se tengan en cuenta circunstancias personales²⁷⁵. La importancia de este Convenio es muy similar a la del Convenio núm. 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958. Ambos comparten una clara vocación de crear un escenario internacional de pleno empleo y no discriminación, plasmando un marco jurídico integrador. Es cierto que no se reflejan menciones específicas a las personas con discapacidad, pero el planteamiento generalista por el que se opta permite sostener que tales Convenios ofrecen un marco de protección en el que se incardina indudablemente a este colectivo.

Este Convenio fue complementado por la Recomendación núm. 122 de la OIT sobre la política del empleo, de 9 de julio de 1964, que se encarga de materializar una serie de proposiciones de interés para el escenario internacional. El objetivo principal es la ejecución de una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido (apartado I.1.1), lo que incluye

²⁷⁴ Vid. apartado. I.1.b de la Recomendación núm. 111 de la OIT, relativa a la discriminación (empleo y ocupación), de 25 de junio de 1958.

²⁷⁵ El artículo 1.2.c *in fine* del Convenio núm. 122 de la OIT sobre la política del empleo, de 9 de julio de 1964 contempla como circunstancias la raza, el color, el sexo, la religión, la opinión política, la procedencia nacional o el origen social.

indudablemente a las personas con discapacidad. A nivel estructural, se contemplan unos principios generales que debe cumplir la política de empleo (apartado II) así como una serie de medidas de política económica, denominadas generales, y otras directamente relacionadas con el empleo de trabajadores individualmente considerados, llamadas selectivas (apartado III y Anexo). Además, también se incluyen apartados específicos que se encargan de dar solución a problemas de empleo asociados al subdesarrollo económico (apartado IV), sugerir la acción de empleadores, trabajadores y de sus respectivas organizaciones (apartado V) y determinar el contenido y alcance de acciones internacionales conjuntas en aras de facilitar la realización de los objetivos de la política de empleo (apartado VI).

En líneas generales, el texto de la Recomendación núm. 122 de la OIT sobre la política del empleo, de 9 de julio de 1964 no presta especial consideración a la discapacidad. La única mención que merece ser destacada es la prevista en el marco de las medidas selectivas (apartado III.16), que exige la atención a colectivos con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, entre los que se incluyen las personas con discapacidad²⁷⁶. La consideración a este colectivo y las medidas específicas recomendadas se hallan escasamente desarrollada en el apartado anexo.6, en el que se insta a las autoridades competentes a diagnosticar la naturaleza de las dificultades en la inserción laboral (apartado Anexo.6.1) y a instrumentar medidas especialmente pensadas para sus necesidades (apartado Anexo.6.2), advirtiéndose que deberían garantizarse prestaciones de Seguridad Social adecuadas para las personas con discapacidad e incluso la reducción de la edad de jubilación exigida normalmente (apartado Anexo.6.3).

Como puede observarse, la Recomendación núm. 122 de la OIT sobre la política del empleo, de 9 de julio de 1964 aboga por establecer un marco general de integración laboral, pero las medidas selectivas significan un claro retroceso en el cambio de paradigma. Sorprende especialmente la omisión a la adaptación del

²⁷⁶ En concreto, el precepto menciona *las personas de edad, los inválidos y otros trabajadores*, ofreciendo así una lista abierta de colectivos que comparten especiales dificultades en la búsqueda y mantenimiento de empleo.

puesto de trabajo de trabajadores, especialmente si tenemos en cuenta la tendencia iniciada por la Recomendación núm. 99 de la OIT sobre la adaptación y readaptación de los inválidos, de 22 de junio de 1955 y el Convenio núm. 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), de 20 de junio de 1983. En este sentido, la Recomendación núm. 122 de la OIT sobre la política del empleo, de 9 de julio de 1964 contempla como solución la provisión de prestaciones económicas, circunstancia positiva teóricamente, pues ofrece un soporte vital para este colectivo, pero que en la práctica propicia el abandono del mercado de trabajo y, en consecuencia, se trata de una medida excluyente.

El siguiente instrumento internacional que requiere especial mención fue el Convenio núm. 128 de la OIT sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 29 de junio de 1967. La estructura de este Convenio se divide en ocho partes, destacando tres de ellas de manera especial por configurar el núcleo esencial de la norma: prestaciones de invalidez (parte II), prestaciones de vejez (parte III) y prestaciones de sobrevivientes (parte IV). Como puede observarse, se trata de una norma con una clara vocación de introducir una serie de prestaciones de Seguridad Social que protege contingencias diversas acaecidas de forma posterior al inicio de la relación laboral. De las tres prestaciones que se contemplan en el citado Convenio, la prestación por invalidez asume una especial importancia por la conexión que efectúa entre discapacidad y trabajo. En efecto, el artículo 8 del Convenio núm. 128 de la OIT sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 29 de junio de 1967 contempla como contingencia cubierta por esta prestación tres situaciones: *la imposibilidad de ejercer una actividad lucrativa cualquiera, cuando sea probable que esta incapacidad será permanente o cuando subsista a la terminación de un periodo de incapacidad temporal o inicial*. Todas ellas parten de una premisa: que la situación de incapacidad para ejercer una actividad lucrativa se mantenga durante un periodo prolongado, y, en consecuencia, el artículo 10 define a esta prestación como el pago de una cantidad económica de forma periódica.

Sin embargo, el aspecto que más llama la atención es la obligación prescrita en el artículo 13.1, según la cual todos los Países Miembro que ratifiquen el

instrumento internacional mencionado deberán proporcionar servicios de readaptación profesional para reanudar la actividad lucrativa realizada hasta el momento o preparar a la persona en cuestión para ejercer otra actividad lucrativa (artículo 13.1.a) y tomar medidas para facilitar la colocación adecuada de trabajadores incapaces (artículo 13.1.b). Esta obligación manifiesta el interés común internacional que empezaba a gestarse por la recolocación y la adaptación del puesto de trabajo como mecanismo para garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, y es una clara muestra del inicio de la transición del modelo médico a otros paradigmas más inclusivos. Si bien esta obligación se enmarca dentro de la prestación de invalidez, ello no contribuye significativamente a restarle importancia, pues se trata de la primera vez que, en un plano internacional, se plasma la necesaria previsión de estos mecanismos de reinserción laboral. Como punto negativo, conviene destacar que el alcance de la disposición es ciertamente limitado, pero esta característica es coherente con la naturaleza propia de la norma internacional, que traslada la configuración de este tipo de medidas a los Países Miembro.

Conviene señalar en este punto la aprobación de la Recomendación núm. 131 de la OIT sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 29 de junio de 1967. Diseñado para ser una guía interpretativa y desarrollar el Convenio núm. 128 de la OIT sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 29 de junio de 1967, la Recomendación núm. 131 de la OIT sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 29 de junio de 1967 se encarga de concretar las personas protegidas y las contingencias cubiertas por las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia. De estas tres prestaciones, la de invalidez adquiere un especial interés en el marco de la presente tesis, pues tanto el Convenio núm. 128 de la OIT sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 29 de junio de 1967 como la Recomendación núm. 131 de la OIT sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 29 de junio de 1967 establecen una conexión apreciable entre discapacidad y trabajo. De hecho, el apartado III.4 de la ya citada Recomendación exige que la definición de invalidez tenga en cuenta *la incapacidad para ejercer una actividad que proporcione un ingreso apreciable*, circunstancia muy similar al esquema

planteado por el artículo 8 del Convenio núm. 128 de la OIT sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 29 de junio de 1967²⁷⁷. No obstante, la Recomendación objeto de análisis se encarga de ir más allá, y contiene una serie de sugerencias que pretenden darle una mayor solidez y homogeneidad a la prestación de invalidez, tales como la previsión de una prestación reducida para los casos de invalidez parcial (apartado III.5); garantizar la prestación en aquellos casos en los el trabajador, antes de la contingencia, cumpla un periodo de cinco años de cotización, de empleo o residencia (apartado III.13) o diversas puntualizaciones sobre el periodo de cotización exigido por los Estados miembro²⁷⁸.

Lamentablemente, el desarrollo de la prestación de invalidez realizado por la Recomendación núm. 131 de la OIT sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 29 de junio de 1967 no incluye ninguna referencia a los servicios de readaptación profesional para reanudar la actividad lucrativa realizada hasta el momento o preparar a la persona en cuestión para ejercer otra actividad profesional. Sobre esta cuestión, el Convenio núm. 128 de la OIT sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 29 de junio de 1967 incluye, en su artículo 13.1, la obligación de su creación y la ejecución de medidas para facilitar la colocación adecuada de trabajadores incapaces. Sin embargo, la Recomendación núm. 131 de la OIT sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 29 de junio de 1967 no desarrolla tales medidas, y, de hecho, ni tan siquiera contempla un apartado relativo a la existencia de estos servicios. Es cierto que la recomendación núm. 99 ya abordó esta cuestión en profundidad, pero ello no obsta a que la Recomendación núm. 131 de la OIT sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 29 de junio de 1967, en consonancia con el Convenio núm. 128 de la OIT sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 29 de junio de 1967, abordase aspectos de

²⁷⁷ Concretamente, el artículo 8 del Convenio núm. 128 de la OIT sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 29 de junio de 1967 contempla como contingencia cubierta por esta prestación tres situaciones: *la imposibilidad de ejercer una actividad lucrativa cualquiera, cuando sea probable que esta incapacidad será permanente o cuando subsista a la terminación de un periodo de incapacidad temporal o inicial.*

²⁷⁸ Entre ellas, que dicho periodo debería flexibilizarse para trabajadores jóvenes (apartado III.14), suprimirse si se trata de un accidente (apartado III.15), incluir periodos de incapacidad ocasionados por enfermedad, accidente, maternidad o desempleo involuntario (apartado III.20) e incluso asimilar como periodo cotizado el periodo de servicio militar obligatorio (apartado III.21).

intervención de los servicios de readaptación centrados en personas beneficiarias de una prestación por invalidez.

El siguiente Convenio destacado fue el Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983, que es, con diferencia, el instrumento internacional con mayor repercusión en esta materia. La aprobación de este Convenio aparece como una actualización del marco internacional sobre tratamiento de la discapacidad en el ámbito laboral²⁷⁹, y toma como referencias la Recomendación núm. 99 de la OIT sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, de 22 de junio de 1955, y la Recomendación núm. 150 de la OIT sobre el desarrollo de los recursos humanos, de 23 de junio de 1975.

La renovación pretendida por el Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983 simboliza la necesidad de adoptar nuevas soluciones y el tránsito hacia nuevos paradigmas de tratamiento de la discapacidad, ya que asume parcialmente algunos rasgos del modelo social²⁸⁰. Su principal característica es la apuesta por la readaptación profesional como mecanismo para asegurar la igualdad de oportunidades en materia de empleo de este colectivo. La rehabilitación predicada por el modelo médico ya no aparece como un objetivo, constatando la necesidad de que todos los países lleven a cabo una política basada en la existencia de medidas adecuadas de readaptación profesional y la promoción de oportunidades de empleo a personas con discapacidad (artículo 3), reivindicación esta que la

²⁷⁹ En este sentido, TUSET DEL PINO, P., *La contratación de trabajadores minusválidos*, op. cit., pág. 56 sostiene que este instrumento internacional “[...] vela porque los Estados miembros adopten las medidas adecuadas en su política nacional que hagan posible promover oportunidades al alcance de todas las categorías de personas inválidas con objeto de que obtengan y conserven su empleo en el mercado regular [...]”.

²⁸⁰ Para un examen en profundidad sobre las características del modelo social, véase el apartado 1.3 de este estudio. A mayor abundamiento sobre esta idea, véase ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., pág. 130, que defiende que el Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983 se pronuncia preferentemente por la potenciación de la integración laboral normalizada.

mayoría de países ya cumplían²⁸¹. Así, nos encontramos ante una norma que pretende simbolizar el inicio del cambio de paradigma en el ámbito laboral²⁸².

Con un total de 17 artículos, esta norma define la existencia de discapacidad, denominada “invalidez”, cuando *las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida*²⁸³. Así, la readaptación profesional, que es el verdadero propósito de este instrumento internacional, consistirá en *permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad*²⁸⁴. Para ello, el Convenio establece como principios la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato (artículo 4), y de forma no mucho más concreta, la obligación de adoptar las medidas necesarias para aplicar los artículos 2 a 5²⁸⁵; proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo²⁸⁶; servicios de readaptación profesionales y de empleo en zonas rurales²⁸⁷; y asegurar la formación y disponibilidad de asesores en materia de readaptación²⁸⁸.

Este instrumento internacional continúa la senda iniciada por el Convenio núm. 128 de la OIT sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes de 29 de junio de 1967, desarrollando más profundamente la obligación de proporcionar servicios de readaptación profesional prevista en el artículo 13 de dicha norma. No obstante, necesaria consideración merecen algunas peculiaridades previstas en el Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983.

²⁸¹ Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Derecho al Trabajo de las Personas con Discapacidad*, op. cit., pág. 11.

²⁸² En este sentido, ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., pág. 97 señala un fuerte apoyo de este instrumento a medidas de acción positiva, dado que el artículo 4 del Convenio 159 OIT contiene como exigencia que aquellas no sean consideradas en ningún caso como discriminatorias.

²⁸³ Vid. artículo 1.1 del Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983

²⁸⁴ Vid. artículo 1.2 del Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983

²⁸⁵ Vid. artículo 6 del Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983.

²⁸⁶ Vid. artículo 7 del Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983.

²⁸⁷ Vid. artículo 8 del Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983.

²⁸⁸ Vid. artículo 9 del Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983.

La primera de ellas es la personalización por la que opta este Convenio, ya advertida por la doctrina en su momento²⁸⁹. En efecto, la OIT aboga por una definición que define al individuo con discapacidad, apartándose de la tendencia general de formular categorías en abstracto como se produjo con la definición de discriminación en el Convenio núm. 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958. Tal avance hacia una mayor concreción pretende introducir un cambio de perspectiva cultural sobre el tratamiento de la discapacidad, que apunta a ofrecer un tratamiento centrado en la persona y en última instancia, debe interpretarse como una reivindicación de la dignidad de las personas con discapacidad, formulación esta alineada con el artículo 1 de la DUDH.

En segundo lugar, el artículo 7 del Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983 introduce la obligación de adoptar medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación y empleo y otros afines con una peculiaridad que debe destacarse: prioridad de utilizar los servicios existentes para los trabajadores con la realización de las adaptaciones necesarias. Es cierto que este precepto se centra en instituciones encaminadas al fomento del empleo, pero introduce un principio clave en la razón de ser de la futura obligación de realizar ajustes razonables, a saber, la priorización de la adaptación. Nos encontramos ante una primera concepción de una de las notas configuradoras de la obligación de realizar ajustes razonables y, si bien el Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983 era la oportunidad perfecta para introducir aspectos individuales de readaptación profesional en el marco de relaciones laborales, es dable destacar la concienciación internacional sobre la importancia de la adaptación de servicios a las personas con discapacidad, aspecto este clave en la conceptualización del paradigma social²⁹⁰.

²⁸⁹ Vid. GARCÍA QUIÑONES, J.C., "El concepto jurídico laboral de discapacitado", en VALDES DAL-RE, F. (DIR.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pág. 37.

²⁹⁰ Para un estudio en profundidad sobre este paradigma de tratamiento de la discapacidad, véase el apartado 1.3 de esta obra.

Por último, llama la atención el contenido del artículo 9 del Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983. Este precepto exige un esfuerzo a los Estados en orden *a asegurar la formación y la disponibilidad de asesores en materia de readaptación y de otro personal cualificado que se ocupe de la orientación profesional, la formación profesional, la colocación y el empleo de personas inválidas*. No suele ser habitual que los Convenios internacionales de la OIT contemplen una recomendación de este tipo, y, en consecuencia, su manifestación es un claro indicio de la voluntad de crear un marco sólido en materia de readaptación profesional. En este sentido, la preocupación de los Estados en el cumplimiento de las medidas nacionales a adoptar sobre este ámbito queda reflejada en este precepto, y para ello, se subraya la formación de nuevos profesionales. Así pues, se pretendió iniciar el abandono del modelo médico de tratamiento mediante un cambio de paradigma más inclusivo en el ámbito de las relaciones laborales, materializado a través de la formación de asesores especializados en las distintas materias que señala el artículo mencionado.

Otro instrumento internacional es la Recomendación núm. 150 de la OIT sobre desarrollo de los recursos humanos, de 23 de junio 1975. Esta recomendación se dicta como guía interpretativa del Convenio núm. 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958; de la Recomendación núm. 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 25 de junio de 1958; del Convenio núm. 122 de la OIT sobre la política de empleo, de 9 de julio de 1964; y de la Recomendación núm. 122 de la OIT sobre la política del empleo, de 9 de julio de 1964, y su contenido se concreta en la especificación de pautas relativas a la orientación y la formación profesional. Sin embargo, esta Recomendación destaca por la extensión de la misma y planteamiento especialmente ambicioso, abordando desde aspectos más convencionales como políticas y programas (apartado II), aspectos administrativos y organismos representativos (apartado XI) o cooperación internacional (apartado XIV), hasta cuestiones más novedosas como la formación en funciones de gestión y supervisión y trabajo por cuenta propia (apartado V),

programas para determinadas zonas o ramas de actividad económica (apartado VI) o actividades de investigación (apartado XI).

A diferencia de otras Recomendaciones dictadas en el seno de la OIT, este documento tiene una clara vocación de proponer respuestas para situaciones especialmente problemáticas. En este sentido, es especialmente interesante el apartado VII, que concentra su atención en proporcionar medidas en materia de orientación y formación profesional, pero con una novedad destacable: efectuando una clasificación por grupos de población. En efecto, la Recomendación núm. 150 de la OIT sobre desarrollo de los recursos humanos, de 23 de junio 1975 es consciente de las distintas necesidades de algunos colectivos y pretende ofrecer herramientas a los Estados miembros para fomentar la igualdad de oportunidades en el empleo y para que puedan integrarse más fácilmente en la sociedad y la economía.

Y entre los colectivos especificados en el citado documento²⁹¹, observamos que la Recomendación dedica un apartado específico a las personas con discapacidad. Concretamente, el apartado VII.D.53 contempla un total de cinco disposiciones, encaminadas a ofrecer una especial protección a este colectivo en materia de orientación y formación profesional. Tales sugerencias son una extensión del contenido de la Recomendación núm. 99 de la OIT sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, de 22 de junio de 1955, y de ahí la remisión que se efectúa a la citada norma en el apartado VII.D.53.5, indicación que, dicho sea de paso, resulta sumamente acertada en aras de procurar una protección homogénea y una línea de actuación de la OIT sólida y unitaria. Específicamente, plantean el acceso a los programas de orientación y formación profesionales establecidos en igualdad de condiciones (apartado VII.D.53.1); la creación de programas adaptados en aquellos supuestos de personas con discapacidad con necesidades particulares (apartado VII.D.53.2); la concienciación social sobre la necesidad de facilitar a este colectivo orientación y formación profesional, ofrecer apoyo especial en el empleo y en las adaptaciones

²⁹¹ El apartado 45 (2) enumera como colectivos los siguientes: (a) personas que nunca han asistido a la escuela o que la han dejado prematuramente; (b) trabajadores de edad; (c) miembros de minorías lingüísticas o de otra índole; (d) *minusválidos* físicos o mentales.

en el trabajo que puedan ser necesarias (apartado VII.D.53.3) y la adopción de medidas para garantizar la integración laboral de las personas con discapacidad (apartado VII.D.53.4).

Conviene destacar que el apartado VII.D.53 refleja los avances hacia el modelo social en materia de tratamiento de la discapacidad en el trabajo. En particular, varios son los indicadores que así lo manifiestan, a saber, el mandato de adaptación de los programas de orientación y formación profesionales (apartado VII.D.53.1), la integración en entornos ordinarios de trabajo mediante adaptaciones del puesto de trabajo (apartados VII.D.53.3 y VII.D.53.4). La virtud de esta Recomendación es, pues, la propuesta de la normalización de la discapacidad en el marco de las relaciones laborales como manifestación de la igualdad de oportunidades. Es cierto que la eficacia jurídica de las recomendaciones perjudica la aplicación efectiva de estas medidas, pero ello no es óbice para reconocer que la Recomendación núm. 150 de la OIT sobre desarrollo de los recursos humanos, de 23 de junio 1975 inicia la introducción de conceptos elementales del modelo social en el marco de este tipo de instrumentos, y además, pretende ofrecer, mediante la remisión a la Recomendación núm. 99 de la OIT sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, de 22 de junio de 1955, una protección homogénea y coherente con las nuevas tendencias que estaban surgiendo en materia de tratamiento de la discapacidad en el mundo del trabajo.

Finalmente, la acogida del Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983 fue tal que se optó por dictar la Recomendación núm. 168 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), de 20 de junio de 1983. De hecho, se trata, junto a la Recomendación núm. 99 de la OIT sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, de 22 de junio de 1955, de uno de los instrumentos internacionales, dentro de la categoría de las Recomendaciones, que aborda la readaptación profesional y el empleo, actuando como guía interpretativa del Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983. En este sentido, la gran aportación de la Recomendación núm. 168 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo (personas

inválidas), de 20 de junio de 1983 es la manifestación explícita de la importancia creciente de la readaptación²⁹², y el esfuerzo internacional que simboliza la aprobación de esta Recomendación, que surge como consecuencia de *la conveniencia de adoptar normas internacionales nuevas al respecto para tener en cuenta, en especial, la necesidad de asegurar, tanto en las zonas rurales como urbanas, la igualdad de oportunidades y de trato a todas las categorías de personas inválidas en materia de empleo y de integración en la comunidad*²⁹³.

En cuanto a la estructura de esta Recomendación, el planteamiento es muy similar a otros instrumentos internacionales. En este sentido, encontramos un total de nueve apartados, que abordan cuestiones tan diversas como la readaptación profesional y oportunidades de empleo (apartado II), la participación de la colectividad (apartado III), la readaptación profesional en las zonas rurales (apartado IV) o la Contribución de las Organizaciones de Empleadores y de Trabajadores al Desarrollo de los Servicios de Readaptación Profesional (apartado VI), entre otros. La riqueza de la Recomendación es complementada por la pretensión manifiestamente pragmática, especialmente en materia de readaptación profesional y oportunidades de empleo, plasmando medidas sumamente integradoras como la creación de oportunidades de empleo en el mercado ordinario de trabajo, incluidos incentivos económicos (apartado II.11.a), el fomento de la cooperación entre centros especiales de empleo y talleres de producción (apartado 11.1.c), la eliminación gradual de barreras y obstáculos físicos que afecten al acceso y al libre movimiento en el empleo de las personas con discapacidad (apartado 11.1.g), entre otras.

Como puede observarse, esta Recomendación aborda la readaptación de las personas con discapacidad desde múltiples perspectivas, lo que permite afirmar que existe una clara voluntad de integrar a este colectivo en el empleo desde distintos enfoques. No obstante, todas ellas asumen como elemento esencial el principio de igualdad de oportunidades como elemento para obligar a que la

²⁹² Sobre este aspecto, el preámbulo señala que “[...] se han registrado progresos importantes en la comprensión de las necesidades en materia de readaptación, en el alcance y organización de los servicios de readaptación, y en la legislación y la práctica de Estados miembros [...]”.

²⁹³ Vid. Preámbulo de la Recomendación núm. 168 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), de 20 de junio de 1983.

readaptación profesional se produzca en entornos ordinarios de trabajo. Existe, pues, una especial preocupación internacional respecto a la necesidad de integrar a las personas con discapacidad en entornos normalizados, como manifestación de la igualdad de oportunidades, cuestión esta que en el futuro fructificará de forma más sólida en la CIDPD²⁹⁴. En consecuencia, puede apreciarse un cambio en el paradigma de tratamiento de la discapacidad en esta Recomendación, que dirige el foco de atención a la eliminación de elementos excluyentes propios del modelo médico y opta por una integración, bajo el principio jurídico de igualdad de oportunidades, basada en la normalización de los entornos y en la inserción de este colectivo en entornos ordinarios.

Ahora bien, este cambio de tendencia no sería posible sin la introducción de aspectos que garantizaran la estandarización de este nuevo paradigma a todos los niveles. Y en este punto debemos destacar que la Recomendación cumple con este requisito, especialmente respecto al concepto de persona con discapacidad. En efecto, el apartado I.1 identifica dentro de este colectivo a aquellas personas *cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo estén sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida*. Es cierto que esta definición es muy similar a la prevista en la Recomendación núm. 99 de la OIT sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, de 22 de junio de 1955²⁹⁵, lo que significa que nos encontramos ante un enfoque claramente funcional que abandona la rehabilitación como solución y se centra en la reducción de posibilidades que genera la discapacidad. Ahora bien, esta recomendación añade el progreso en el empleo como un ámbito al que afecta la discapacidad, y se erige como una actualización de la Recomendación núm. 99 de la OIT sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, de 22 de junio de 1955 que persigue, como ya se ha mencionado, reconocer situaciones en las que la discapacidad puede generar desventajas y evitar una integración plena del trabajador. Y, además, reconoce la diversidad existente dentro de este colectivo, pues reconoce la condición de persona con discapacidad

²⁹⁴ Un análisis en profundidad sobre la CIDPD puede hallarse en el apartado 2.3.3 de este estudio.

²⁹⁵ *Vid.* apartado I.1.b de la Recomendación núm. 99 de la OIT sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, de 22 de junio de 1955.

independientemente de si se trata de una *deficiencia de carácter físico o mental*, exigiendo, eso sí, el reconocimiento oficial como tal.

Otra cuestión que merece especial atención es la especificación de los ámbitos en los que debe centrarse la igualdad de oportunidades y de trato. En efecto, el apartado II.7 configura la igualdad de oportunidades y de trato en tres ámbitos muy específicos que abarcan, prácticamente los distintos estadios de una relación laboral: el acceso, la conservación y la promoción en el empleo. Esta concreción abandona la noción general mantenida hasta la fecha en distintas normas, en aras de dotar de contenido práctico y efectividad a este mandato, que pasa a desempeñar un papel clave en la no discriminación de las personas con discapacidad. De hecho, nos encontramos ante una técnica que posteriormente será trasladada a la configuración de los ajustes razonables en la CIDPD, lo que evidencia la transición hacia un enfoque mucho más práctico y centrado en formulaciones concretas.

Por último, no podemos omitir la extensa batería de medidas prevista en el apartado II.1.1 de la Recomendación núm. 168 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), de 20 de junio de 1983. Este mandato materializa explícitamente la voluntad de seguir la tendencia iniciada en la parte VII de la Recomendación núm. 99 de la OIT sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, de 22 de junio de 1955²⁹⁶, e incluye un total de trece medidas de diversa índole encaminadas a promover oportunidades de empleo en las personas con discapacidad. La diversidad de medidas es digna de mención, y se incluyen desde incentivos económicos para la promoción de la formación, el establecimiento de empleos protegidos, la creación de ayudas públicas para la formación profesional hasta el fomento del establecimiento y desarrollo de cooperativas de personas con discapacidad. Sin embargo, la medida estrella, si bien no desarrollada atendiendo a la naturaleza normativa de la recomendación, es la adaptación, *dentro de límites razonables, de los lugares de trabajo, la estructuración de las tareas, las herramientas, la*

²⁹⁶ Vid. apartado II.1.1 de la Recomendación núm. 168 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), de 20 de junio de 1983. Para un examen en detalle de las medidas previstas, véase el apartado 2.4.2 de este estudio.

*maquinaria y la organización del trabajo para facilitar la formación y el empleo*²⁹⁷. Nos encontramos ante otra manifestación que apunta claramente al modelo social, y si bien es cierto que la eficacia jurídica de este instrumento internacional es muy limitada, es evidente la presencia de una voluntad internacional de cambiar de paradigma e introducir medidas integradoras que materializasen efectivamente la igualdad de oportunidades. De hecho, el aspecto que más llama la atención es la exigencia de que la adaptación se efectúe dentro de los límites razonables, lo que evidencia la voluntad de que las adaptaciones se efectuasen en el mercado ordinario de trabajo. Así, nos hallamos ante la versión embrionaria de la denominada carga excesiva, que se constituirá en la CIDPD y en la Directiva 2000/78 como la excepción que eximirá del cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables.

2.4.3. Convenios y Recomendaciones adoptados desde el año 1985 hasta 2018

El primero Convenio OIT que merece especial consideración en este periodo temporal es el Convenio núm. 161 de la OIT sobre los servicios de salud en el trabajo, de 26 de junio de 1985. Deben destacarse algunas disposiciones que evidencian, desde una perspectiva preventiva, la importancia creciente que ha ido adquiriendo la adaptación del puesto de trabajo. En este sentido, el artículo 1 del Convenio núm. 161 de la OIT sobre los servicios de salud en el trabajo, de 26 de junio de 1985 conceptualiza los servicios de salud en el trabajo como encargados de asesorar a empresarios y trabajadores en materia de adaptación del trabajo a las capacidades de los trabajadores, teniendo en cuenta el estado de salud físico y mental, y paralelamente, el artículo 5, que se encarga de definir sus funciones, prevé en los apartados g) y h) el fomento de la adaptación de los trabajadores y la asistencia en pro de la adopción de medidas de rehabilitación profesional, respectivamente. Y con el objetivo de hacer efectiva la implantación de los

²⁹⁷ Vid. apartado II.11.a de la Recomendación núm. 168 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), de 20 de junio de 1983.

servicios de salud en el trabajo, el artículo 3.1 del ya citado Convenio contiene un mandato que pretende estandarizar su presencia a todos los niveles²⁹⁸.

Como podemos observar, nos encontramos ante una configuración que no contempla una protección específica destinada a las personas con discapacidad, pero conviene señalar que ello no obsta a su inclusión como colectivo protegido. En efecto, la previsión de adaptar el puesto de trabajo teniendo en cuenta las capacidades y el estado de salud de los trabajadores (artículo 1.a.ii) incluye, de forma implícita, la consideración de las necesidades específicas de trabajadores con discapacidad. Además, incorpora un enfoque individualizado de las adaptaciones, consistente en la exigencia de tener en cuenta las características individuales de los trabajadores, que se erige como una manifestación embrionaria del concepto accesibilidad, especialmente desarrollado en la CIDPD²⁹⁹.

Sin embargo, la novedad más destacada es que el Convenio núm. 161 de la OIT sobre los servicios de salud en el trabajo, de 26 de junio de 1985 es el primer instrumento internacional que presta especial atención a la adaptación del puesto de trabajo desde la perspectiva preventiva. Tal y como se ha mencionado, diversos Convenios OIT han abordado la adaptación del puesto de trabajo³⁰⁰, pero ninguno de ellos lo ha hecho desde la perspectiva de prevención de riesgos laborales. Y esta es, a mi juicio, la principal virtud de este Convenio, que pretende así avanzar un paso más en la integración de las personas con discapacidad y complementar la protección antidiscriminatoria y de seguridad social.

El Convenio OIT de interés más reciente es el Convenio núm. 161 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas, de 19 de junio de 1997. El contenido de este Convenio no destaca especialmente por referirse a aspectos relacionados con la

²⁹⁸ De hecho, el citado artículo 3.1 del Convenio núm. 161 de la OIT sobre los servicios de salud en el trabajo, de 26 de junio de 1985 exige la previsión de servicios de salud en el trabajo *para todos los trabajadores, incluidos los del sector público y los miembros de las cooperativas de producción, en todas las ramas de actividad económica y en todas las empresas.*

²⁹⁹ Para un examen a propósito de este concepto de la CIDPD, véase el apartado 2.3.3 de este estudio.

³⁰⁰ Véase especialmente la Recomendación núm. 99 de la OIT sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, de 22 de junio de 1955, la Recomendación núm. 150 de la OIT sobre desarrollo de los recursos humanos de 23 de junio de 1975, y el Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983. En menor medida, véase también el Convenio núm. 128 de la OIT sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 29 de junio de 1967.

temática abordada en este estudio. Sin embargo, su artículo 5 contempla, por primera vez, la discapacidad como circunstancia no discriminatoria en el trato que dispensen las agencias de empleo privadas a los trabajadores. Este mandato pretende materializar una mayor intensidad en la igualdad de oportunidades y de trato en materia de acceso al empleo, y, en consecuencia, su ámbito de aplicación es sumamente reducido. Ahora bien, el reconocimiento explícito de la discapacidad, inédito hasta la fecha en materia de intermediación laboral, pone de relieve la voluntad normativa de prestar especial atención a este colectivo y, como ha señalado la doctrina, la necesidad de instrumentar una protección cualificada³⁰¹.

Llegados a este punto, los instrumentos internacionales más actuales destacan por compartir un impacto más reducido en materia de integración de personas con discapacidad. En este sentido, se trata de tres Recomendaciones: la Recomendación núm. 188 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas, de 19 de junio de 1997; la Recomendación núm. 198 de la OIT sobre la relación de trabajo, de 15 de junio 2006 y la Recomendación núm. 204 de la OIT sobre la transición de la economía informal a la economía formal, de 12 de junio de 2015.

Sin ánimo de analizarlas al detalle, pues carece de interés su examen pormenorizado para el objeto del presente estudio, sí que conviene dejar apuntados aspectos de interés sobre cada una de ellas. Así, por ejemplo, la Recomendación núm. 188 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas, de 19 de junio de 1997, dedicada a la configuración y funcionamiento de las agencias privadas de empleo, contiene en su apartado II.9 un mandato que insta a prohibir que las agencias privadas de empleo publiquen ofertas de empleo que generen discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad, entre otras causas. No obstante, la OIT ha complementado esta protección en el acceso al empleo con un mandato, incardinado en la Recomendación núm. 198 de la OIT sobre la relación de trabajo, de 15 de junio 2006, que exige una protección efectiva a los *trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo*, incluyendo expresamente a trabajadores

³⁰¹ Vid. GARCÍA QUIÑONES, J.C., "El concepto jurídico laboral de discapacitado", *op. cit.*, pág. 38.

con discapacidad dentro de este grupo³⁰². Por último, la Recomendación núm. 204 de la OIT sobre la transición de la economía informal a la economía formal, de 12 de junio de 2015, una de las recomendaciones más recientes que focaliza su atención en el trabajo informal, prevé, como estrategia para la transición hacia economías formales, la necesidad de prestar especial atención *a las personas particularmente vulnerables ante los déficits más graves de trabajo decente en la economía informal*, y tal y como sucede en la recomendación núm. 198, se incluye a las personas con discapacidad dentro de esta expresión³⁰³.

En líneas generales, este grupo de recomendaciones comparten una preocupación expresa por las personas con discapacidad, lo que significa que la OIT ha continuado con la acción protectora de este colectivo. Sin embargo, debe criticarse la falta de continuidad en el fomento de la integración de este colectivo mediante recomendaciones. Como puede observarse del análisis cronológico efectuado, el escenario normativo se inició con una especial voluntad de implementar soluciones inclusivas en el marco del trabajo ordinario. Pero esta tendencia se detuvo tras la recomendación núm. 168, circunstancia que supuso un efecto negativo en la igualdad de oportunidades hasta la aprobación de la CIDPD. Es cierto que el papel de la UE ha ido cobrando una mayor importancia, pero debe recordarse que los ámbitos de afectación normativa de la OIT y la UE no son totalmente coincidentes, pues la OIT abarca un mayor número de países que no son miembros de la UE. En consecuencia, sería recomendable que la OIT volviera a asumir el liderazgo normativo que la caracterizó, y se dictasen recomendaciones sobre aspectos concretos del empleo de personas con discapacidad que necesitan directrices internacionales, tales como el uso inclusivo de las nuevas tecnologías, la accesibilidad web en portales de empleo

³⁰² No obstante, no son el único colectivo. El apartado I.5 de la citada recomendación incluye, además, a los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal y a los trabajadores migrantes.

³⁰³ *Vid.* apartado I.7.i de la Recomendación núm. 204 de la OIT sobre la transición de la economía informal a la economía formal, de 12 de junio de 2015. A mayor abundamiento, este apartado incluye, al igual que la Recomendación núm. 198 de la OIT sobre la relación de trabajo, de 15 de junio 2006, otros colectivos como por ejemplo mujeres, jóvenes indígenas, personas mayores, personas afectadas por el VIH, trabajadores domésticos y agricultores de subsistencia.

online, la condena de nuevas formas de discriminación³⁰⁴, o el fomento de la transición del empleo protegido al empleo ordinario.

³⁰⁴ Nos referimos específicamente a la discriminación por edad o la discriminación múltiple, en la que concurren, además de la discapacidad, otros factores como el sexo o la edad, que son manifestaciones sobre las que normativamente se está prestando especial atención. Para más información sobre estos aspectos, véase CORDERO GORDILLO, V., “Discriminación por asociación con una persona con discapacidad”, *Revista de Derecho Social*, vol. 43, 2008, págs. 149-161; RIVAS VALLEJO, P., “Trabajadoras con enfermedades crónicas y discriminación múltiple”, *Revista de Derecho Social*, 54, 2011, págs. 83-114; GIMÉNEZ GLÜCK, D., “La discriminación múltiple en el Derecho de la Unión”, *Revista Española de Derecho Europeo*, vol. 45, 2013, págs. 113-136; MUIR, E., “(Il)legitimate differential treatment”, *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 15, 1-3, 2015, págs. 3-10; RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Discriminación de género y otras discriminaciones: la discriminación múltiple y las mujeres”, en *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo andaluz de relaciones laborales, Sevilla, 2015, págs. 21-40.

CAPÍTULO 3: EL TRATAMIENTO EUROPEO DE LA DISCAPACIDAD

Desde un punto de vista europeo, múltiples han sido las actuaciones relevantes llevadas a cabo por los distintos organismos que integran la UE. Esta parte se encargará de realizar un análisis de las normas y resoluciones que han generado un mayor impacto sobre el concepto de discapacidad y, a su vez, han configurado la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad.

La estructura de este análisis toma como referencia los distintos niveles de fuentes normativas a nivel europeo, y por lo tanto, se iniciará examinando el Derecho primario u originario de la UE, que incluye los distintos tratados internacionales, y continuará con el análisis del Derecho derivado de la UE, categoría esta que contempla como instrumentos jurídicos los Reglamentos, las Directivas, las Decisiones, los Dictámenes, las Recomendaciones y las Comunicaciones. Por último, se estudiará el Derecho subsidiario de la UE, y en concreto, el análisis de esta categoría se encargará únicamente de analizar las resoluciones más importantes dictadas por el TJUE, que es el campo en el que se han producido mayores avances en materia de discapacidad. Se excluye expresamente el examen de las sentencias dictadas por el TEDH, que, si bien han contribuido a la conceptualización e interpretación del deber empresarial objeto de estudio, no han centrado su impacto en el ámbito del empleo y la ocupación.

3.1. El Consejo de Europa

La primera norma que debemos destacar es la CEDH, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y cuya fecha de entrada en vigor fue el 3 de septiembre de 1953. Nos encontramos ante un tratado internacional de referencia, concebido para la protección de los derechos humanos y las libertades

fundamentales en el territorio de la UE y ratificado por todos los Estados miembros del Consejo de Europa³⁰⁵.

Estructuralmente, consta de tres títulos y un total de cincuenta y nueve artículos. El primer título contiene referencias a los distintos derechos reconocidos, al que le acompaña el segundo título, referido a la creación y funcionamiento del TEDH, y el último título, integrado por disposiciones diversas de carácter, en su mayoría, procedimental³⁰⁶. Como ya se ha podido intuir, el núcleo central de la CEDH se halla en su primer título, que reconoce una serie de garantías a nivel europeo, tales como el derecho a la vida (artículo 2), la prohibición de la tortura (artículo 3), el derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 5) o el derecho a la libertad de expresión (artículo 10), entre otros³⁰⁷.

Su estructura es claramente tributaria de la DUDH³⁰⁸, y, en consecuencia, nos encontramos ante una traslación a un ámbito europeo de un compendio de derechos y libertades básicos. En este sentido, su contenido no es precisamente innovador, pues muchos países de la UE ya habían ratificado la DUDH, y además los derechos y libertades de la CEDH no difieren demasiado de la DUDH. De hecho, la contribución de esta norma en materia de discapacidad es muy limitada, pues el único mandato que es especialmente aplicable en este tipo de situaciones es el artículo 14, relativo al principio de no discriminación en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos. En este sentido, ni tan siquiera se menciona explícitamente la discapacidad como circunstancia a considerar, lo que no impediría afirmar que se halla incardinada explícitamente en el mencionado

³⁰⁵ El Estado Español ratificó este tratado internacional en 1979, publicándose su versión íntegra traducida al español en el BOE núm. 243, de 10 de octubre.

³⁰⁶ Entre el contenido de los artículos de este tercer título destaca una cláusula que impide la interpretación del contenido del Convenio de tal forma que perjudique o limite derechos reconocidos por alguno de los Estados (artículo 53), la aplicación territorial del Convenio (Artículo 57), o la posibilidad de formular reservas al texto del Convenio en el momento de la firma (Artículo 57), entre otras disposiciones.

³⁰⁷ En total, la CEDH reconoce hasta 14 derechos y libertades, entre las que se encuentran, además de las mencionadas, las siguientes: la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (artículo 4), el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 6), principio de legalidad (artículo 7), el derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 9), la libertad de reunión y de asociación (artículo 11), el derecho a contraer matrimonio (artículo 12), el derecho a un recurso efectivo (artículo 13) y la prohibición de discriminación (artículo 14).

³⁰⁸ Para un análisis detallado de este tratado internacional, véase el apartado 2.3.1 de esta obra.

artículo³⁰⁹. En cualquier caso, su ausencia matiza la importancia de la CEDH en materia de tratamiento de la discapacidad.

No obstante, existe un aspecto de la CEDH que la convierte en una norma de importancia capital: su naturaleza normativa. En efecto, la DUDH no es un documento obligatorio o vinculante para los Estados firmantes, y es aquí donde la CEDH avanza un paso adelante, pues el Consejo de Europa decidió otorgar naturaleza de tratado internacional a esta norma. Esta característica es clave en la defensa de los derechos recogidos en la CEDH y la consolida como un instrumento legal básico a nivel europeo.

Como último punto a destacar, la voluntad de garantizar el contenido de la CEDH no acaba en la naturaleza normativa de la norma. Tal y como ya se ha mencionado, el título segundo del citado tratado internacional contempla la creación del TEDH. La introducción del control judicial de los derechos ha sido una garantía pionera que ha supuesto la aparición de los derechos individuales en el escenario internacional. Nos encontramos ante una verdadera e innovadora apuesta por el cumplimiento de los derechos, solventando así uno de los principales defectos que presentaba la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Así, el TEDH se constituye como garante de las libertades contenidas en la CEDH y en una primera experiencia, a nivel europeo, de armonizar la protección de los derechos y libertades fundamentales plasmados en el Convenio.

En segundo y último lugar, debemos destacar la Carta Social Europea, aprobada por el Consejo de Europa el 18 de octubre de 1961. Este instrumento internacional de carácter vinculante toma como fundamento la CEDH y se encarga de reconocer una serie de derechos sociales especialmente relacionados con el mundo del trabajo. Para ello, la norma diferencia hasta un total de cinco partes. La primera y la segunda parte son, con diferencia, las más importantes desde el punto de vista material, pues incluyen una serie de objetivos que las Partes contratantes deben perseguir con sus políticas (Parte I) y un repertorio de

³⁰⁹ Afortunadamente, el artículo 14 CEDH incluye la expresión “cualquier otra situación”, que ofrece la protección contra la discriminación a colectivos especialmente desfavorecidos no mencionados en el precepto en cuestión.

derechos entre los que encontramos, por ejemplo, referencias al derecho a condiciones de trabajo dignas (artículo 2), derecho a una remuneración suficiente (artículo 4), derecho a la negociación colectiva (artículo 6) o derecho a la Seguridad Social (artículo 12), entre muchos otros³¹⁰.

Sin embargo, el cumplimiento de este instrumento concede una cierta libertad para las Partes Contratantes, que otorga a esta norma un carácter peculiar, al pretender ofrecer flexibilidad a la vez que incrementa el catálogo de derechos de los países que forman parte del Consejo de Europa. El artículo 20 de la Carta Social Europea especifica que la Parte I actuará como *una declaración de dos objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados*, y respecto a la parte II, las Partes Contratantes deberán seleccionar cinco artículos de un total de siete³¹¹, y además un número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II de la Carta Social Europea no inferior a diez artículos o a cuarenta y cinco párrafos numerados a elegir por la Parte Contratante.

Dicho esto, la Carta Social Europea contiene algunas referencias interesantes en materia de discapacidad que conviene destacar. Concretamente, se hallan en los artículos 9 (Derecho a la orientación profesional), 10 (Derecho de formación profesional) y 15 (Derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social). Las menciones incluidas en el artículo 9 y 10 se refieren a las personas con discapacidad por extensión, es decir, se contemplan la previsión de un servicio de orientación profesional (artículo 9) y el fomento de la formación profesional (artículo 10) para todas las personas, especificándose expresamente la inclusión de este colectivo. A diferencia de éstos, el artículo 15 contempla medidas pensadas exclusivamente para fomentar la empleabilidad de las personas con discapacidad, y entre ellas encontramos la puesta a disposición de medios para la formación profesional (artículo 15.1) y la adopción de las medidas adecuadas para proporcionar un

³¹⁰ Concretamente, la parte II de la Carta Social Europea incluye un total de 19 artículos, que reconocen distintos derechos específicos, añadiendo una serie de acciones o compromisos a asumir por las partes contratantes en orden a materializar efectivamente el correspondiente derecho.

³¹¹ En particular, los siete artículos son: artículo 1 (Derecho al trabajo), artículo 5 (Derecho a la libertad sindical), artículo 6 (Derecho a la negociación colectiva), artículo 12 (Derecho a la Seguridad Social), artículo 13 (Derecho a la asistencia social y médica), artículo 16 (Derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica) y artículo 19 (Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia).

puesto de trabajo a las personas que integran este colectivo, refiriéndose el artículo 15.2 específicamente a la creación de servicios especiales de colocación, empleo protegido y medidas de estímulo a la contratación.

En conjunto, los tres artículos comparten una visión anclada en el modelo médico, abogando por una integración basada en la rehabilitación, y omitiendo cualquier mención a la inclusión en entornos ordinarios mediante adaptaciones o cualquier otro tipo de acción positiva integradora fundamentada en la normalización. De hecho, las influencias del modelo médico son patentes en tanto que el artículo 15 pivota sobre la idea de la readaptación de la persona, considerada individualmente. Esta tendencia, si bien se incardina en el paradigma de tratamiento imperante en la época en la que se dictó la Carta Social Europea, resta eficacia a la norma pues genera efectos segregadores sobre el colectivo. Sin embargo, conviene destacar en este punto que, a pesar de la localización de los tres artículos en relación con el artículo 20.1 de la Carta Social Europea, prácticamente todas las Partes Contratantes se han obligado, por la vía del artículo 20.1.c, a incluir su contenido.

3.2. El Derecho Primario de la UE

3.2.1. Tratado de Maastricht

El primer instrumento que conviene destacar es el Tratado de la UE de 7 de febrero de 1992, también conocido como Tratado de Maastricht. Este instrumento fue un antes y un después en el escenario europeo, pues incluía la creación de una unión económica y monetaria sin precedentes, fundamentada en la existencia de un mercado interior común. Estructuralmente nos encontramos ante un convenio que reforma el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y añade la regulación armonizada de la política exterior y de seguridad común y los asuntos de justicia e interior, simbolizando así la transición de la Comunidad Económica Europea a la Comunidad Europea. De esta manera, el Tratado de la

UE creó una estructura fundamentada en la integración económica y política que inició un espacio común de libertad, seguridad y justicia.

Sin perjuicio de la repercusión política que generó esta norma, sobre la que no nos detendremos, conviene destacar, a efectos de la presente tesis doctoral, la dimensión social del tratado y sus protocolos, así como su impacto sobre las personas con discapacidad. Ciertamente, el contenido referido a derechos del Tratado de la UE es prácticamente inexistente, pues el foco central de esta norma es, como ya se ha mencionado, la creación de una unión económica. No obstante, uno de los múltiples protocolos incluido resulta de interés como primera manifestación europea de una preocupación sobre cuestiones sociales. El protocolo en cuestión es el número catorce y se denomina “Protocolo sobre la política social”, y en él se materializa un acuerdo que consta de siete artículos en el que los Estados miembros manifiestan como objetivos compartidos *el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada, el dialogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones*³¹². Y en este sentido, se concibe a la UE como estructura que apoyará y complementará la acción de los Estados miembros en dos apartados, entre otros, que llaman especialmente la atención: *la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la integración de las personas excluidas en el mercado labora*³¹³.

Como puede observarse, los Estados miembros convinieron en atribuir un papel de garante a la UE, y a pesar de no incluir manifestación explícita respecto a la inclusión de las personas con discapacidad, debe destacarse positivamente la plasmación de la integración de las personas excluidas en el mercado laboral, que incluye al colectivo referido anteriormente. Es cierto que no se aprecia una preocupación específicamente centrada en este grupo, pero conviene señalar que nos encontramos ante una primera ocasión de aunar esfuerzos por parte de los Estados miembros, y a pesar de la incertidumbre que generaba esta nueva etapa

³¹² Vid. artículo 1 del Protocolo sobre la política social.

³¹³ Vid. artículo 2.1 del Protocolo sobre la política social

política, eliminar la discriminación y potenciar el pleno empleo era un objetivo compartido por todos los países.

3.2.2. Tratado de Ámsterdam

El Tratado de Ámsterdam, aprobado por el Consejo de Europa el 16 y 17 de junio de 1997, entró en vigor el 1 de mayo de 1999 tras su ratificación por todos los países que, en aquel momento, formaban parte de la UE. Esta norma significó un paso más hacia la plena integración de los Estados miembros en el marco de la UE, y buena muestra de ello es la ampliación de competencias de la UE, el fortalecimiento del Parlamento Europeo, la previsión de mecanismos de cooperación reforzada o distintas reformas institucionales que ya preveían futuras incorporaciones de otros países en la UE.

Sin embargo, donde especialmente brilla el Tratado de Ámsterdam es en la parte social, y es por ello por lo que la doctrina ha considerado esta norma como el punto de inicio de la Europa Social³¹⁴. Buena muestra del carácter social se observa en las referencias al alto nivel de empleo como objetivo de la UE (artículo 2 del Tratado constitutivo de la UE); la inclusión del fomento de la coordinación entre las políticas en materia de empleo con tal de desarrollar una estrategia coordinada para el empleo (artículo 3 del Tratado constitutivo de la UE); la creación del título VI bis, referido al empleo, que contempla distintos mandatos dirigidos a materializar la estrategia coordinada para el empleo referida anteriormente (artículo 109-N a 109-S); o la inserción de un nuevo considerando (cuarto), en el que se plasma la referencia a la adhesión a la Carta Social Europea (1961) y a la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (1989), menciones estas que se acompañan de la introducción del protocolo núm. 14 del Tratado de Maastricht (Protocolo sobre la política social) en el texto del tratado, concretamente en el artículo 117 y siguientes del Tratado constitutivo de la UE.

³¹⁴ Vid. ALONSO SOTO, F., "Tratamiento de la discapacidad en la Unión Europea", en DE LORENZO, R. (DIR.) y PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.), *Tratado sobre Discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 320 y DE LORENZO GARCÍA, R., "Los contornos del Derecho de la Discapacidad", *op. cit.*, págs. 92 y 93.

A propósito de las personas con discapacidad, conviene señalar que este Tratado introduce dos novedades de gran impacto que, si bien no destacan por ser una opción pacífica³¹⁵, permitieron iniciar el cambio hacia una política integradora de tratamiento de la discapacidad³¹⁶. La primera de ellas consiste en la habilitación al Consejo para adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación, incluyendo, entre las distintas causas, la discapacidad. Esta previsión, vehiculada normativamente mediante la creación del artículo 6A del Tratado Constitutivo de la UE, supone un salto cualitativo en la definición de igualdad de trato, pues reconoce por primera vez la discapacidad como circunstancia discriminatoria³¹⁷. De hecho, este precepto es una clara muestra de la transición, a nivel del derecho originario europeo, de la política europea de tratamiento de este colectivo hacia el modelo social. Ya no solo por el cambio terminológico, advertido previamente por la doctrina³¹⁸, sino por la asunción del Consejo, como ente representador de la sociedad, del papel de garante de la igualdad de trato entre los ciudadanos mediante la adopción de medidas adecuadas³¹⁹.

En segundo lugar, la declaración número 22 del Tratado de Ámsterdam se centra exclusivamente en el colectivo mencionado. En particular, esta declaración constata la voluntad de tener en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad en el momento en el que las distintas instituciones europeas

³¹⁵ Vid. O'HARE, U., "Enhancing European Equality Rights: A New Regional Framework", *Maastricht Journal*, vol. 8, 2001, pág. 133 que señala el rechazo inicial a incorporar la discapacidad como causa de discriminación, básicamente porque se consideraba que podía reducir el impacto de los incentivos del modelo social europeo y de las medidas de acción positivas. Afortunadamente, el legislador europeo asumió que el modelo social europeo y una protección normativa antidiscriminatoria no eran opciones excluyentes, y, de hecho, son instrumentos complementarios, tal y como ha señalado HENDRIKS, A., "Disability Equality after Amsterdam", en LAWSON, A. y GOODING, C., *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Hart Publishing, Oxford, 2005, págs. 188 *in fine* y 189.

³¹⁶ Tal y como señala HENDRIKS, A., "Disability Equality after Amsterdam", *op. cit.*, pág. 189, la política de tratamiento de las personas con discapacidad en la etapa previa al Tratado de Amsterdam se caracterizó por ofrecer a este colectivo protección social y asistencia médica, pues se partía de la premisa de que estas personas no podían prestar servicios. Así pues, la atención legislativa se focalizaba en brindar prestaciones que permitieran la subsistencia de este colectivo. En el mismo sentido, GARRIDO PÉREZ, E., "El Tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 59, 2001, págs. 176-177 sostiene el inicio de una tendencia a la transversalidad en el tratamiento de la discapacidad dentro de las políticas comunitarias.

³¹⁷ Vid. HENDRIKS, A., "Disability Equality after Amsterdam", *op. cit.*, pág. 189.

³¹⁸ Vid. PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva*, Lex Nova, Valladolid, 2015, pág. 115 y VILLARINO VILLARINO, P., "Las organizaciones representativas de las personas con discapacidad a nivel internacional: el Foro Europeo de Discapacidad y las organizaciones representativas a nivel mundial", en DE LORENZO, R. (Dir) y PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.), *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 254.

³¹⁹ Para un examen en profundidad de la repercusión de este artículo, véase WADDINGTON, L., "Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-Discrimination", *Industrial Law Journal*, vol. 28, 2, 1999, págs. 133-151.

procedan a dictar medidas con arreglo a lo previsto en el artículo 100 A, esto es, aquellas medidas dirigidas a aproximar las legislaciones de los distintos Estados miembros. Como puede observarse, nos encontramos ante un mandato con un escaso poder de impacto, pues tan sólo constata la obligación de considerar las necesidades de este colectivo, cuestión esta especialmente difícil si tenemos en cuenta la diversidad social de las personas con discapacidad en cada Estado miembro. Sorprende aún más que esta declaración centre sus esfuerzos en las necesidades de este colectivo, enfoque este anclado en el paradigma médico, que es notablemente negativo si tenemos en cuenta la innovación que introduce el artículo 6.a del Tratado Constitutivo de la UE. En consecuencia, el Tratado de Ámsterdam introduce un nivel de protección elevado respecto a las actuaciones del Consejo, dado que condena explícitamente la discriminación por razón de discapacidad y habilita a este órgano para adoptar medidas adecuadas. No obstante, los efectos de esta exigencia se reducen en el momento de aprobarse medidas de aproximación de las legislaciones por las demás instituciones europeas, que tan sólo deberán considerar las necesidades del colectivo.

3.2.3. Tratado por el que se establece una Constitución para Europa

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado el 29 de octubre de 2004, es la siguiente norma que conviene destacar. Este instrumento continuó la línea iniciada por el Tratado de Niza³²⁰, y pretendió afrontar una reforma de la UE que acomodase las instituciones a la incorporación de nuevos miembros. En este sentido, su finalidad principal era la de avanzar un paso más hacia la armonización e integración de los miembros de la UE mediante la aprobación de un documento similar a una constitución, que sería común para todos los Estados miembros³²¹. Sin embargo, los resultados negativos del referéndum para la adhesión de este instrumento internacional en Países Bajos y

³²⁰ En este punto, conviene dejar apuntado que la omisión del análisis del Tratado de Niza en este estudio se debe a la inexistencia de aportaciones respecto al tratamiento de las personas con discapacidad.

³²¹ Tal y como señalan MORENO GENÉ, J.; ROMERO BURILLO, A.M., "La protección de los discapacitados en la Constitución Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 57, 2005, pág. 437, el texto constitucional europeo pretende *la conservación o, en otros términos, la consolidación de todos los logros alcanzados [...], lo que supone [...] abandonar el método económico de integración y adoptar un método político, federal, que encuentra su fundamento en el ciudadano europeo.*

Francia generaron una crisis institucional que puso de manifiesto la necesidad de efectuar algunas modificaciones en el texto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmándose en 2007 el Tratado de Lisboa por el que se sustituye al tratado de Niza.

Conviene destacar que este instrumento internacional no aporta novedades especialmente destacables en materia de personas con discapacidad, aún a pesar de que la doctrina ha considerado que nos encontramos ante la culminación del proceso de conceptualización de la discapacidad desde la perspectiva de los Derechos Humanos³²². Concretamente, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa mantiene la redacción de los artículos 21 y II-81, relativos al principio de no discriminación por parte de las instituciones y órganos de la UE en el ejercicio de sus competencias y en el marco de aplicación de la Constitución para Europa, y del artículo II-86, referido a la integración de las personas con discapacidad.

Las novedades se hallan en los artículos III-118 y III-124. El primero de ellos plasma la voluntad de luchar contra toda discriminación en la definición y ejecución de las políticas y acciones de la Unión, incluyéndose expresamente la discapacidad. El segundo artículo se refiere a la posibilidad de que una ley o ley marco del Consejo pueda establecer las medidas necesarias para luchar contra toda discriminación por cualquier circunstancia, incluyéndose nuevamente la discapacidad entre ellas. En este sentido, nos encontramos ante un precepto que confiere competencias a la Unión para adoptar actos legislativos, entre los que se incluye la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, que podría cubrir la acción de las autoridades de éstos en cualquier ámbito dentro de los límites de las competencias de la UE.

Como puede observarse, las novedades introducidas en el marco de este tratado se dirigen a consolidar una actuación institucional que ofrezca un marco europeo común de protección contra la discriminación por razón de discapacidad. Es cierto que este tratado ostenta la virtud de *recoger el legado del acervo comunitario e*

³²² En este sentido, véase *Ibid.*, pág. 437.

*internacional que se ha venido gestando durante las últimas décadas*³²³, y de hecho propone, en su artículo III-124, una herramienta con muchísimo potencial. Sin embargo, las negativas obtenidas en los referéndums celebrados en Francia y Holanda significaron una grave crisis institucional que se materializó en la renuncia al Tratado constitucional en 2007. Es por ello por lo que la eficacia real de estas disposiciones en el marco del Tratado constitucional fue prácticamente nula, y de ahí su escaso impacto.

3.2.4. Carta de los Derechos Fundamentales de la UE

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE fue el documento que continuó la línea iniciada por la Carta Social Europea. Nos encontramos ante una norma aprobada el 7 de diciembre de 2000 que pretende reforzar la protección de los derechos fundamentales³²⁴, y, en consecuencia, es un instrumento que no pretende crear nuevos derechos. Más al contrario, su propósito principal es reafirmar los derechos ya reconocidos en otras ocasiones y ofrecer una mayor visibilidad de aquellos mediante una redacción clara y sencilla.

Para ello, contempla un total de cincuenta y cuatro artículos, incardinados en siete capítulos, que incluyen derechos clasificados bajo distintas temáticas³²⁵. Entre ellos, el que mayor importancia, a efectos de la temática abordada en esta tesis doctoral, es el capítulo III denominado “Igualdad”. Bajo este título, se incorpora la

³²³ *Vid. Ibid.*, pág. 437.

³²⁴ Véase párrafo cuarto del preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

³²⁵ Concretamente, el capítulo I se refiere a la dignidad y distintas manifestaciones afines, como por ejemplo el derecho a la vida (artículo 2), derecho a la integridad de la persona (artículo 3) y prohibición de tortura y esclavitud (artículos 4 y 5); el capítulo II se denomina libertades e incluye el derecho a la libertad (artículo 6), protección de datos de carácter personal (artículo 8), libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 10), entre otros; el capítulo III integra derechos relacionados con la igualdad, y entre ellos se incardina el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 20), no discriminación (artículo 21), igualdad entre hombres y mujeres (artículo 23) o la integración de personas con discapacidad (artículo 26), entre otros; el capítulo IV se denomina solidaridad, y hace referencia al derecho tan diversos como el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (artículo 27), derecho de acceso a los servicios de colocación (artículo 29), condiciones de trabajo justas y equitativas (artículo 31), prohibición del trabajo infantil (artículo 32) o Seguridad Social y ayuda social (artículo 34), entre otros; el capítulo V, titulado ciudadanía, incorpora el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales (artículo 39 y 40), el derecho a una buena administración (artículo 41), el derecho de petición (artículo 44) o el derecho a la libre circulación y residencia (artículo 45); por último, el capítulo VI es el encargado de englobar aquellos derechos relacionados con la justicia, entre los que se incluyen el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (artículo 47), presunción de inocencia (artículo 48) o el derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito (artículo 50). El séptimo capítulo, titulado “disposiciones generales”, no incluye ningún derecho y se encarga de definir el ámbito de aplicación de la norma (artículo 51), el alcance de los derechos garantizados (artículo 52) y el nivel de protección (artículo 53), entre otros.

mención a derechos que materializan una clara apuesta por la igualdad de oportunidades y la inclusión de colectivos especialmente desfavorecidos, y buena muestra de ello son la plasmación de la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 23), los derechos del menor (artículo 24) o los derechos de las personas mayores (artículo 25). Sin embargo, donde especialmente aporta novedades la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE es en materia de personas con discapacidad, pues sus artículos 21.1 y 26 introducen mandatos dirigidos específicamente a la inclusión de este colectivo.

El primero de ellos se refiere al principio general de no discriminación por razones diversas, incluyendo entre ellas la discapacidad. Nos encontramos ante la primera ocasión en la que se constata explícitamente la discapacidad en el marco del principio de no discriminación, y, en consecuencia, este hecho es indicativo de la importancia creciente que ha adquirido la igualdad de oportunidades en el seno del Consejo de Europa³²⁶.

En segundo lugar, el artículo 26 se refiere específicamente al colectivo ya referido anteriormente, manifestando el reconocimiento del derecho a beneficiarse de aquellas medidas que garanticen la autonomía, integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad. Como puede observarse, el contenido del precepto es más que cuestionable ya no sólo por su escaso contenido³²⁷, sino porque no existe un auténtico reconocimiento de derechos³²⁸. Si examinamos en detalle su redacción, puede observarse que dicho mandato reconoce el derecho a beneficiarse de una serie de medidas en diversos ámbitos, y, en consecuencia, la eficacia de este precepto se condiciona a la existencia de medidas. Por lo tanto,

³²⁶ Tal y como señala BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 275-276, supone un avance importante respecto al artículo 13 TCE, pues se encarga de citar expresamente la discapacidad como circunstancia discriminatoria.

³²⁷ Tal y como señalan QUINN, G.; DEGENER, T., "A Survey of International, Comparative and Regional Disability Law Reform", en BRESLIN, M.L., YEE, S. (eds.) *Disability Rights and Policy. International and National Perspectives*, Transnational Publishers, Ardsley, 2002, pág. 118, la redacción del artículo 26 supone un claro retroceso en el tratamiento de las personas con discapacidad, pues no expresa una voluntad de considerarlas titulares de derechos efectivos, sino más bien un colectivo que requiere una especial protección.

³²⁸ Vid. BIEL PORTERO, I.; REY ANEIROS, A., "La apuesta comunitaria por el enfoque de los derechos de las personas dependientes: la dignidad de la persona como punto de partida", en FERNÁNDEZ LIESA, C.R. (ed.) *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2007, pág. 222; MANGAS MARTÍN, A., "Artículo 26. Integración de las Personas Discapacitadas", en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pág. 461.

nos encontramos ante una previsión de escasa eficacia, pues su contenido se hace depender de la política de cada Estado miembro.

Y ello nos lleva a formular otro aspecto que debe ser criticado: la falta de voluntad de contemplar una protección armonizada. En efecto, este precepto delega la responsabilidad de instrumentar una protección efectiva a los Estados miembros, adoptando para ello un papel pasivo en el que reconoce y respeta el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de las medidas que los Estados miembros dicten en materia de integración sociolaboral. Como podemos observar, este mandato es sumamente superfluo y, de hecho, se halla vacío de contenido, pues como se ha señalado, el papel de la UE se limita a reconocer y respetar la actuación de los Estados miembros. No se registra ni tan siquiera disposición alguna, destinada a los Estados miembros, que vincule u ofrezca directrices sobre la inserción laboral de este colectivo.

Sin embargo, la gran cuestión que resta aún mayor importancia a los artículos 21.1 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE es la eficacia jurídica de este instrumento, tal y como ya sucedió con la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores³²⁹. La voluntad programática del texto es uno de los mayores hándicaps que puede atribuírsele, pues si bien es cierto que constituye un documento de gran valor político³³⁰, su naturaleza no vinculante impedía cualquier tipo de referencia en el ámbito judicial para la exigencia del cumplimiento de cualquiera de los derechos reconocidos. Sin embargo, no ha sido este el único efecto derivado de ello, pues la Carta no se incorporaba a ningún tratado de la UE y no existía pretensión alguna de que este hecho sucediera en el futuro, tal y como ha señalado la doctrina³³¹, pues el citado

³²⁹ Sobre la eficacia jurídica de este instrumento, véase el excelente trabajo realizado por MIRANDA BOTO, J.M., *Las competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 387-392.

³³⁰ Vid. CARRILLO SALCEDO, J., "Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 9, 2001, pág. 25.

³³¹ Vid. MORENO GENÉ, J.; ROMERO BURILLO, A.M., "La protección de los discapacitados en la Constitución Europea", *op. cit.*, pág. 441, que esquematiza los distintos efectos derivados de la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales. En este sentido, véase también DE LA VILLA GIL, L. E., "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, vol. 32, 2001, págs. 21 y 22; FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, y RUBIO LLORENTE, F., "Una Carta de dudosa utilidad", en MATÍA PORTILLA, F.J. (DIR.), *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.

texto no contemplaba la creación de órgano alguno de control del cumplimiento de los derechos reconocidos.

3.2.5. Tratado de Lisboa

La última referencia en el ámbito del derecho originario que merece especial consideración fue el Tratado de Lisboa, firmado por los Estados miembros de la UE el 13 de diciembre de 2007. Tal y como ya se ha apuntado, nos encontramos ante un texto que surgió como consecuencia del fracaso del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, y, en consecuencia, algunas de sus partes se han mantenido intactas. La pretensión principal de este instrumento es conjugar una UE que, respetando los espacios jurídicos de cada Estado miembro, ofrezca a los ciudadanos una protección más armonizada en materia de derechos fundamentales. En este sentido, el Tratado de Lisboa no añade ninguna competencia exclusiva al acervo funcional de la UE, pero conceptualiza, por primera vez y de forma expresa, sus competencias, así como también modifica la forma en la que venían ejerciéndose³³².

En este orden de cosas, este tratado aporta una novedad significativa que conviene destacar: la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE al texto del Tratado de Lisboa. De modo sorpresivo, el Tratado de Lisboa trajo consigo una modificación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE que situó a este texto normativo en una posición jurídicamente destacada. El cambio de mayor relevancia fue su incorporación al Tratado de Lisboa en su versión adaptada³³³, tras el fracaso del Tratado Constitucional de 2004. El artículo 6 se encarga de reconocer los derechos, libertades y principios enunciados en el citado texto, y le otorga el mismo valor jurídico que el citado Tratado. Este hecho supuso la adquisición del carácter de texto vinculante a los derechos reconocidos en esta versión revisada de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y,

³³² Sobre esta cuestión, los artículos 2.b y 2.c del Tratado de Lisboa identifican las competencias exclusivas y compartidas de la UE, diseñando así ámbitos en los que únicamente la Unión puede legislar, mientras que los Estados miembros se limitan a aplicar la legislación europea. De otra parte, se señalan otros ámbitos en los que los Estados miembros pueden adoptar actos jurídicamente vinculantes en la medida en que la Unión no haya ejercido su competencia.

³³³ Concretamente, la inclusión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE se efectuó mediante referencia en el artículo 6, que establece que *“la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales [...], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”*.

en consecuencia, se posibilitó la invocación de su contenido ante los tribunales. Sin embargo, las alteraciones del contenido de la carta no se extendieron a la redacción de los artículos 21 y 26, y, en consecuencia, si bien ahora ostentan una mayor eficacia jurídica, su contenido sigue siendo igual de limitado que en su versión del año 2000. Tal circunstancia pone de manifiesto las diferencias entre Estados miembros en materia de inclusión de personas con discapacidad, y ha significado un estancamiento de la protección de este colectivo a nivel europeo, pues el papel del TJUE en la aplicación de tales disposiciones de la carta es prácticamente residual³³⁴.

Respecto al contenido relativo al tratamiento de las personas con discapacidad, no se aprecian modificaciones relevantes. En esta ocasión, se opta por mantener íntegramente las disposiciones ya aprobadas en anteriores tratados, y se añade, en el marco del artículo 5, una disposición mediante la que la UE tratará de luchar contra la discriminación por razón de discapacidad, entre otras, en la definición de sus políticas y acciones. La creación de este artículo, más cercano a una declaración solemne y abstracta que a un precepto que procure la garantía de los derechos, continua la tendencia apreciada desde la aprobación del Tratado de Ámsterdam, y pone de manifiesto la necesidad de reconceptualizar la política para afrontar los nuevos retos que el tratamiento de este colectivo plantea en el siglo XXI. En particular, la UE debería asumir nuevos compromisos, más allá de introducir disposiciones que garanticen el respeto al derecho de no discriminación por razón de discapacidad en el ejercicio institucional de sus competencias. En este sentido, la UE debería comprometerse a una acción integrada con especial énfasis en el fomento del ejercicio de los derechos de este colectivo. Así pues, se

³³⁴ Buena muestra de ello puede examinarse en las resoluciones de la Comisión Europea relativas a la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, publicadas con periodicidad anual. Así, por ejemplo, el informe sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE 2010, elaborado por la Comisión, únicamente hace referencia a la existencia de la Estrategia Europea sobre Discapacidad y a la adhesión de la UE a la CIDPD; el informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en 2013 [COM(2014) 224 final] ni tan siquiera dedica un apartado al artículo 26 del citado instrumento; y, por último, el informe sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE 2014, elaborado por la Comisión, es quizás el que ostenta un mayor contenido sobre este colectivo, pero conviene dejar apuntado que las referencias a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE son prácticamente anecdóticas, pues el protagonismo lo asumen las referencias a sentencias del TJUE relacionadas con disposiciones incluidas en Directivas.

observa que, a nivel de derecho originario, no existe un compromiso común para luchar por la igualdad de oportunidades y no discriminación.

3.3. Derecho derivado. Especial consideración a las Directivas

La UE ha adoptado distintos instrumentos vinculantes bajo la categoría de Directivas y Reglamentos que, con diferencia, han sido las normas que han generado un mayor impacto en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, con especial énfasis en aquellas que regulan aspectos relacionados con las personas con discapacidad. La utilización de estas figuras tiene una cierta lógica en el marco de la política europea de tratamiento de este colectivo, pues se complementan recíprocamente en tanto que las Directivas pretenden alcanzar objetivos o resultados concretos otorgando un amplio margen de libertad a los Estados miembros, y los Reglamentos, en cambio, son normas de alcance general y eficacia directa que no precisan ninguna norma interna para completar su eficacia. De esta forma, este marco jurídico pretende brindar una cierta flexibilidad a los Estados miembro y conjugar soluciones armonizadas sin que ello perjudique la libertad de aquellos.

No obstante, conviene advertir que la importancia de los Reglamentos sobre la temática que se aborda en el marco de este estudio ha sido prácticamente inexistente, pues la UE no ha dictado ninguna norma de este tipo sobre el empleo de las personas con discapacidad, y, en consecuencia, su análisis no será abordado³³⁵.

Respecto a las Directivas, la UE ha adoptado distintas normas incardinadas en esta categoría³³⁶, pero debe señalarse que el análisis que se efectuará en el

³³⁵ Concretamente, el único reglamento destacado sobre este colectivo ha sido el Reglamento 1107/2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, que como ya habrá advertido el lector, aborda cuestiones referidas a la accesibilidad en el ámbito del transporte aéreo. Un análisis en profundidad de las cuestiones más relevantes de esta norma puede hallarse en BIEDMA FERRER, J. M., "El pasajero aéreo discapacitado y la normativa comunitaria: especial referencia al turismo accesible", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. 5, 2012, págs. 245-272.

³³⁶ Tal y como señala HOWARD, E., "Equality: A Fundamental Right in the European Union?", *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 10, 2009, pág. 19, la UE aprobó un total de cuatro Directivas en materia de igualdad de oportunidades, abordando cada una de ellas una de las causas de discriminación. Así, las Directivas aprobadas han sido: a) la Directiva 2000/43 del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; b) la Directiva 2000/78; c) la Directiva 2002/73 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de

marco de este apartado se centrará en la norma que hasta la fecha ha significado un mayor impacto para la igualdad de oportunidades y no discriminación en el empleo, esto es, la Directiva 2000/78. Este examen incluirá un estudio preliminar sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (COM/99/0565 final). Por último, es necesario advertir que se omite en este apartado el análisis de la propuesta de Directiva del Consejo de 2 de julio de 2008, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, toda vez que se trata de una propuesta de Directiva en tramitación, y, por lo tanto, su examen se efectuará en el apartado 3.4 de este estudio.

3.3.1. La Propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación

La Propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (COM/99/0565 final) contenía tres títulos³³⁷, que incluían un total de dieciocho artículos. El primer título, integrado por siete artículos, se encargaba de definir el objetivo de la Directiva, el concepto de discriminación y el ámbito material de aplicación de la norma, entre otras cuestiones. En segundo lugar, los artículos 8 a 12 constituyen el título denominado “acciones legales y tutela efectiva”, que constituía el núcleo duro de protección del texto normativo³³⁸. El tercer y último grupo de artículos se incardina en el seno del título tercero, dedicándose la práctica totalidad de ellos a la

igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y, finalmente, d) la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. A estas, debe añadirse la propuesta de Directiva del Consejo de 2 de julio de 2008, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

³³⁷ A saber, disposiciones generales, acciones legales y tutela efectiva y disposiciones varias.

³³⁸ Entre sus disposiciones, destacan la defensa individual y colectiva de los derechos aún habiendo finalizado la relación laboral (artículo 8), la inversión de la carga de la prueba en supuestos de discriminación en el empleo (artículo 9), la protección de las víctimas contra decisiones empresariales reactivas (artículo 10), o el fomento del diálogo social a fin de promover la igualdad de trato, mediante el control de las prácticas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, los códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas (artículo 12).

plasmación de mecanismos de aplicación y control de la Directiva³³⁹. Asimismo, la propuesta de Directiva incluye como anexo una ficha de su incidencia sobre las pequeñas y medianas empresas.

En líneas generales, el protagonismo de esta primera versión de la Directiva lo asume el artículo 2, que establece la definición del principio de igualdad de trato mediante la inexistencia de toda discriminación, ya sea directa o indirecta. A tales efectos, su apartado segundo se encarga de definir el concepto de discriminación directa e indirecta, así como la calificación del acoso como discriminación. Sin embargo, la gran novedad que debe ser destacada en este punto es el apartado cuarto, que establece la realización de ajustes razonables para el acceso al empleo, el desarrollo del trabajo y el progreso profesional. Si bien es discutible que la redacción de este apartado pueda ser considerada una obligación en aquel momento³⁴⁰, pone de manifiesto la importancia que revestía la igualdad de oportunidades real de las personas con discapacidad para los Estados miembros. Otro mandato que conviene destacar es el artículo 3, que se encarga de definir el ámbito material de aplicación de la Directiva. La concepción extensiva del ámbito de aplicación de esta Directiva evidencia la voluntad de eliminar la discriminación en todos los aspectos de las relaciones laborales, y pretende clarificar el alcance del texto europeo. Por último, el anexo incluido en esta primera versión del texto de la Directiva resalta la preocupación, en términos económicos, de la implantación de la Directiva en estructuras empresariales de escasa entidad. Los Estados miembros, conscientes del riesgo de incumplimiento de esta Directiva por su impacto económico en las pequeñas y medianas empresas, adjuntaron este Anexo con el objetivo de tranquilizar a los sectores empresariales más reacios. Y lo cierto es que la ficha de incidencia de la propuesta de Directiva cumple con su

³³⁹ Así, por ejemplo, el artículo 13 obliga a los Estados miembros a suprimir todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato y a declarar nulas o modificar las disposiciones contrarias a este principio que figuren en convenios colectivos, contratos individuales, reglamentos internos de empresas o estatutos profesionales independientes; el artículo 14 plasma la obligación de adoptar las sanciones apropiadas en caso de incumplimiento de disposiciones nacionales; el artículo 15 se encarga de especificar la necesidad y el plazo para adoptar las disposiciones necesarias para transponer la Directiva en los ordenamientos jurídicos internos, entre otros.

³⁴⁰ Tal y como se verá más adelante, la versión final de la Directiva 2000/78 incluye, en el marco del artículo 5, el establecimiento de la obligación de realizar ajustes razonables, entrando en algunos detalles que no se abordaron en la propuesta de Directiva. No obstante, el párrafo segundo del punto 3 del Anexo de la propuesta de Directiva señala el papel de garante de los Estados miembros en la realización de los ajustes razonables, texto este que, por su situación, no constituye una obligación *stricto sensu*.

finalidad, y aporta información relevante sobre los efectos económicos de la Directiva.

La tramitación de la propuesta de Directiva continuó hacia adelante, y el siguiente documento que merece especial comentario es el Dictamen del Comité de las Regiones de 8 de agosto de 2000 (Ref. 2000/C 226/01). Este organismo mostró su conformidad respecto a muchos aspectos de la propuesta, pero existen diversas observaciones a las que deben prestarse atención.

La primera de ellas la hallamos en el punto 1.14 del Dictamen del Comité de las Regiones de 8 de agosto de 2000, en el que se pone de relieve la conveniencia de elaborar Directivas específicas basadas en los motivos de discriminación enunciados en el artículo 13 del Tratado constitutivo (versión consolidada Ámsterdam), y entre ellos, la discapacidad. En efecto, esta sugerencia contiene, de forma indirecta, una crítica sobre la creación de dos Directivas, en la que una asume la lucha contra la discriminación por su origen étnico o racial y la otra incluye todas las demás causas en el ámbito del empleo y la ocupación. El Comité de las Regiones no se extiende en justificar esta recomendación, pero su inclusión en el marco de este dictamen es muy conveniente, pues pone de relieve la necesidad de adoptar Directivas específicas en tanto que cada una de las causas de discriminación presenta circunstancias peculiares que requieren un tratamiento personalizado.

En segundo lugar, el apartado 1.15 del citado Dictamen identifica un aspecto clave sobre el que la Directiva 2000/78 no presta atención: la discriminación múltiple y por asociación. En efecto, la protección que confiere la propuesta de Directiva no se extendía explícitamente a las parejas de los empleados, y si bien es cierto que posteriormente se ha predicado dicha protección por vía judicial³⁴¹, resulta interesante la sugerencia, premonitoria por parte del Comité de Regiones, que fue totalmente ignorada en la redacción final de la Directiva 2000/78.

³⁴¹ Vid. STJUE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415. Para un análisis en detalle del contenido de esta sentencia, véase el apartado 3.5.2 de este estudio, así como CORDERO GORDILLO, V., "Discriminación por asociación con una persona con discapacidad", *op. cit.*, págs. 149-161 y WADDINGTON, L., "Case C-303/06, S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 17 July 2008", *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, págs. 665-681.

A continuación, el Comité de las Regiones constata en el punto número 1.18 la no conveniencia de adoptar el número de empleados como indicador de la capacidad de recursos de las empresas. Ciertamente, no se manifiesta explícitamente respecto a qué aspectos de la propuesta de Directiva y su anexo se refiere, pero si examinamos el contenido de ambos documentos, se evidencia una estrecha conexión respecto al apartado cinco de la Ficha de incidencia de la propuesta sobre las empresas. Sobre esta cuestión, si bien es cierto que la Directiva no efectúa distinción alguna en función del tamaño de las empresas³⁴², el Comité de las Regiones deja patente su preocupación respecto al alcance de la expresión “dificultades especialmente gravosas”, incardinada en el artículo 2.4 relativa a la obligación de realizar ajustes razonables, que aparece en el anexo de la propuesta como una vía de escape al cumplimiento de la obligación para pequeñas y medianas empresas³⁴³. La sugerencia del Comité es ciertamente ambigua, pero está claramente referida a la posibilidad de eximir del cumplimiento de la mencionada obligación, toda vez que el segundo párrafo del apartado 5 identifica las dificultades que genera la adaptación del puesto de trabajo de los trabajadores con discapacidad a pequeñas y medianas empresas y su exclusión del ámbito subjetivo de la obligación³⁴⁴. Así pues, el Comité intuye que la versión final de la Directiva podría incluir una exención que supusiera, de facto, la inaplicación sistemática de la obligación, y pretende solventarlo efectuando esta observación. Sin embargo, el punto 1.18 adolece de la falta de una explicación detallada de la preocupación e importancia de esta cuestión, o cuanto menos de una contextualización a fin de identificar la conexión de las dificultades, especialmente gravosas, respecto a la obligación de realizar ajustes razonables.

³⁴² La razón fundamental de no asumir la dimensión de la empresa como criterio diferenciador del cumplimiento de los mandatos de la Directiva 2000/78 se plasma en el apartado 5 del Anexo de la propuesta de la Directiva, que especifica que la discriminación existe en todas las empresas, independientemente del número de empleados.

³⁴³ En efecto, el último párrafo del apartado 5 del ya referido anexo a la propuesta de Directiva refleja que [...] *los Estados miembros podrán quedar exentos de cumplir esta obligación cuando exista una justificación objetiva y razonable y en caso de que los ajustes razonables dieran lugar a dificultades excepcionalmente gravosas. A este respecto, se deberá analizar el efecto de las adaptaciones sobre la empresa en cuanto a sus recursos económicos y personal, examinando también los gastos que conllevan y la disponibilidad de recursos adicionales para cubrir los costes del cumplimiento de este requisito*”.

³⁴⁴ En concreto, el segundo párrafo del apartado 5 de la ficha de incidencia de la propuesta sobre las empresas, en especial las pequeñas y medianas empresas constata que *“las pequeñas y medianas empresas parecen estar peor preparadas para atender las necesidades de adaptación del puesto de trabajo de los trabajadores con discapacidad. Por consiguiente, muchas de las medidas jurídicas existentes que exigen ajustes razonables no atañen a las empresas con un número de empleados inferior a una cifra determinada”*.

En consecuencia, hubiera sido conveniente desarrollar con mayor detalle y especificar que se refiere a la obligación de realizar ajustes razonables.

Para finalizar el comentario de este documento, el punto 1.19 resalta la importancia de hacer frente a nuevas formas de discriminación, tales como la discriminación múltiple. Concretamente, se centra en celebrar la creación de organismos de protección de la igualdad de trato en el marco del artículo 13 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico³⁴⁵. Sin embargo, el Comité de las Regiones crítica la aplicación de este mandato única y exclusivamente en aquellos supuestos en los que exista discriminación basada en el origen racial o étnico. La apreciación es totalmente oportuna, pues la propuesta de Directiva no contiene ninguna disposición de este tipo, y, de hecho, el Comité de las Regiones advierte de la importancia de la cuestión y de sus efectos sobre la discriminación múltiple³⁴⁶. Sobre este punto, es evidente que la UE muestra una preocupación más intensa respecto a la discriminación basada en causas de origen racial o étnico, y, de hecho, debe criticarse la existencia de niveles distintos de protección en función de la causa en la que se basa la discriminación, pues la efectividad de la igualdad de oportunidades exige una protección armonizada y equivalente de las distintas causas. En caso contrario, el ámbito de protección en aquellos casos en los que exista discriminación múltiple puede presentar desajustes en función de la concurrencia de una u otra causa del comportamiento³⁴⁷.

Tras el dictamen del Comité de las Regiones, el siguiente documento que conviene destacar es el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité

³⁴⁵ La creación de organismos independientes en todos y cada uno de los Estados miembros se plantea, tal y como señala el considerando 24 de la Directiva 2000/43, como una vía para reforzar la lucha contra la discriminación, y específicamente, *para analizar los problemas existentes, estudiar las soluciones posibles y proporcionar asistencia específica a las víctimas*.

³⁴⁶ En particular, el Comité de las Regiones sostiene que no establecer organismos independientes en los Estados miembros, en relación con las demás causas de discriminación, supone ignorar el potencial de la discriminación múltiple.

³⁴⁷ Así, por ejemplo, la protección en aquellos supuestos en los que exista un comportamiento basado en causas de origen racial y discapacidad permite acudir a los servicios responsables de la defensa de los derechos humanos a nivel nacional, hecho este del todo imposible si la causa de la discriminación es imputable a la discapacidad o concurre junto con otra circunstancia como la edad o la religión.

Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre algunas medidas comunitarias de lucha contra la discriminación», la «Propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación», la «Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico», y la «Propuesta de Decisión del Consejo por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006)» (Ref. 2000/C204/17). Tal y como hizo el Comité de las Regiones, el Comité Económico y Social aborda los fundamentos jurídicos, los contenidos y el alcance de las propuestas de Directivas 2000/78/CE y 2000/43/CE, así como la propuesta de decisión por la que establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación, todo ello mediante la plasmación de una serie de observaciones generales, que afectan a todos los textos, y comentarios específicos sobre cada uno de los textos.

Centrándonos en las aportaciones de este organismo a la propuesta de Directiva relativa establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, conviene destacar algunos apartados de especial interés. En primer lugar, se observa una preocupación sobre el ámbito de protección subjetivo (puntos 2.3 y 2.5) y material (punto 5.2) de la Directiva. Concretamente, el punto 2.3 pone de manifiesto la conveniencia de legislar en aras de proteger a los distintos grupos vulnerables frente a conductas discriminatorias basadas en las causas previstas en la propuesta de Directiva 2000/78. Con esta observación, el Comité Económico y Social se hace eco de las manifestaciones del punto 1.14 del Dictamen del Comité de las Regiones, y reivindica la importancia de construir una legislación específica para cada una de las causas de discriminación, pues cada una de ellas presentan desafíos que requieren una atención particular. De hecho, el Comité Económico y Social sugiere indirectamente la conveniencia de eliminar la tendencia normativa que apunta a diferenciar la discriminación por causas étnicas o raciales del resto, proponiendo así igualar la importancia de las distintas causas de discriminación.

Otro aspecto que llama especial atención es la consideración que el Comité Económico y Social efectúa sobre la integración social de las personas con

discapacidad. El apartado 2.5 del Dictamen del Comité de las Regiones de 8 de agosto de 2000 pone de relieve la necesidad de ampliar la protección europea sobre este colectivo en ámbitos distintos al empleo, tales como el acceso a los servicios, la educación y el transporte. La asunción de esta perspectiva integradora multinivel es claramente tributaria del modelo social de la discapacidad³⁴⁸, y evidencia la preocupación por lograr una igualdad de oportunidades real y efectiva a nivel europeo que, posteriormente, fue acogida en el plano internacional por la CIDPD³⁴⁹. Asimismo, el apartado 5.2 se encarga de valorar el artículo 2 de la propuesta de Directiva, advirtiendo de la necesidad de introducir algunas modificaciones. El Comité Económico y Social sugiere, entre otras, cambios que abarcan la necesidad de definir la responsabilidad del empresario en situaciones de acoso que estén claramente bajo el control de los empresarios o la consideración de instrucciones discriminatorias o presiones para discriminar como comportamiento definido expresamente por la Directiva. En materia de personas con discapacidad, el apartado 5.2 *in fine* celebra la limitación de la carga de la obligación de realizar ajustes razonables, efectuada mediante la plasmación de los conceptos “razonable” y “dificultades excepcionalmente gravosas”. Sobre esta cuestión, el Comité Económico y Social se muestra especialmente preocupado por el impacto económico de esta obligación en las pequeñas y medianas empresas, básicamente porque constituyen la mayor parte del tejido empresarial europeo, y, en consecuencia, una carga económica excesiva a nivel empresarial conduciría a un incumplimiento generalizado.

Continuando con la voluntad de lograr una aplicación más efectiva de la Directiva sobre el empleo, la observación contenida en el apartado 2.6 focaliza la importancia de aplicar sus disposiciones en aquellas personas nacionales de terceros países presentes en el territorio de la UE. El Comité Económico y Social pone de manifiesto una omisión significativa en el texto de la propuesta de Directiva 2000/78 que habría podido ser especialmente problemática en la práctica, pues la Directiva no prohibía las diferencias de trato por motivos de

³⁴⁸ Para una caracterización en profundidad sobre este paradigma de tratamiento de la discapacidad, véase el apartado 1.3 de este estudio.

³⁴⁹ Un examen en profundidad sobre este tratado internacional puede hallarse en el apartado 2.3.3 de esta obra.

nacionalidad³⁵⁰, y sugiere que se constate explícitamente que las personas nacionales de terceros países presentes en el territorio de la UE se hallan incardinadas dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la norma europea. Tal consideración, sumamente acertada, pretende reforzar la cohesión económica y social a nivel europeo, priorizando una aplicación normativa exenta de cualquier tipo de consideración a circunstancias personales tales como la nacionalidad.

Por último, el Comité Económico y Social destaca, en el marco del apartado 2.10, su preocupación por el coste económico asociado a la implementación de las nuevas Directivas. La cuestión económica es un asunto de importancia capital en el cumplimiento efectivo de cualquier norma, y consciente de ello, el Comité Económico y Social manifiesta, tal y como hizo en su momento el Comité de las Regiones³⁵¹, una sugerencia a tener en cuenta para evitar un incumplimiento generalizado de la Directiva: la necesidad de plasmar ejemplos reales de buenas prácticas de empresas nacionales e internacionales. Como ya hemos visto, los esfuerzos del Comité para reflejar una evaluación económica del impacto de la norma se repiten, desde diversas ópticas, a lo largo del texto. Y este hecho es especialmente positivo, pues, aunque se asume una mayor preponderancia del aspecto económico que del material, este organismo muestra una especial preocupación en una aplicación efectiva del principio de no discriminación e igualdad de oportunidades en el empleo.

Analizado el Dictamen del Comité económico y Social, el siguiente paso en el *iter* legislativo de la Directiva 2000/78 fue la Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (COM/2000/0652 final), presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE. Este documento materializa algunas de las sugerencias realizadas por el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social, e introduce numerosas enmiendas al texto de la Directiva propuesto inicialmente. Sin ánimo de efectuar una relación de las

³⁵⁰ Si bien es cierto que los artículos 12 y 39.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Versión consolidada Ámsterdam) contemplan la no discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado y su asociación con la libre circulación de trabajadores, con especial consideración en el ámbito del empleo, la retribución y demás condiciones de trabajo.

³⁵¹ Véase punto 1.18 del Dictamen del Comité de las Regiones de 8 de agosto de 2000 (Ref. 2000/C 226/01).

numerosas enmiendas del Parlamento Europeo aceptadas por la Comisión³⁵², conviene destacar que las diversas revisiones al texto original pueden clasificarse en tres categorías: aquellas enmiendas encaminadas a armonizar la protección respecto a la Directiva 2000/43/CE³⁵³, modificaciones que aclaran o mejoran la propuesta de la Comisión³⁵⁴, y sugerencias relativas a cuestiones importantes relacionadas con la discapacidad y con la religión y las convicciones³⁵⁵.

De los tres grupos, el que mayor importancia ostenta en relación con la temática de este estudio es el tercero, si bien existen modificaciones incluidas en las otras dos categorías que afectan, indirectamente, a la protección de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo. La enmienda 25 es, con diferencia, la que produce un mayor impacto en la igualdad de oportunidades en entornos laborales, pues se encarga de clarificar el concepto de ajuste razonable y de carga excesiva para el empleador. Concretamente, se introduce el considerando 15³⁵⁶, y se modifica el artículo 2.4.4 de la Propuesta de Directiva 2000/78³⁵⁷. En líneas generales, los cambios normativos efectuados en esta segunda versión no afectan notablemente a la obligación, así como a los aspectos esenciales de su

³⁵² Las modificaciones propuestas por el Parlamento Europeo y aceptadas por la Comisión ascendieron a un total de treinta y tres, y pueden consultarse en el apartado 2 de la Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE (COM/2000/0652 final).

³⁵³ En este grupo de encuentran la mayoría de modificaciones, y entre su contenido observamos la toma en consideración de la cuestión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres - discriminación múltiple (enmiendas 4 y 26), una definición ampliada del concepto de acoso (enmienda 23), referencia a la instigación como forma de discriminación (enmienda 24), la introducción de un nuevo artículo relativo al diálogo con las organizaciones no gubernamentales (enmiendas 50 y 51), entre otras.

³⁵⁴ El segundo conjunto de cambios incluye la mención de la realización personal como una de las razones fundamentales para ejercer una profesión o un empleo (enmienda 8), la referencia a la discriminación como obstáculo a la libre circulación de las personas (enmienda 9), la precisión relativa al hecho de que las normas sobre la carga de la prueba son igualmente aplicables en materia administrativa (enmienda 12), la aplicación de la propuesta a los nacionales de terceros países (enmienda 34) y la simplificación de la disposición relativa a la divulgación de la información (enmienda 47).

³⁵⁵ La tercera categoría incardina tan sólo dos modificaciones: la primera de ellas relativa a la aclaración de los conceptos de «ajustes razonables en favor de las personas con discapacidad» y de «carga desproporcionada para el empleador» (enmienda 25), y en relación con la religión, se modificó la propuesta para abarcar las actividades sociales de las organizaciones sociales y se constata que esta disposición no puede justificar ningún tipo de discriminación por otros motivos (enmienda 37).

³⁵⁶ En particular, se contempla que *“(15) Es conveniente prever ajustes razonables, es decir, medidas eficaces y prácticas destinadas a adaptar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, mediante la adecuación de los locales o la adaptación de los equipos, los ritmos de trabajo, la distribución de las tareas o la oferta de medios de formación o asistencia.”*

³⁵⁷ La nueva redacción de este precepto es la siguiente: *“4. 4. A fin de garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de las personas con discapacidad, se realizarán los ajustes razonables. En este sentido, el empleador deberá adoptar las medidas apropiadas, según las necesidades en una situación concreta, para que las personas con discapacidad puedan acceder a un empleo, ejercerlo o progresar profesionalmente, o para que les sea impartida una formación, a menos que estas medidas supongan una carga desproporcionada para el empleador.”*

cumplimiento. Concretamente, la nueva redacción del artículo 2.4.4. de la propuesta de Directiva 2000/78 pretende aclarar el texto original en el marco de la definición de discriminación dirigida a este colectivo. Las aportaciones son básicamente de carácter terminológico, y específicamente, se contempla que la obligación corresponderá al empresario y se modifica la expresión “dificultades especialmente gravosas” por “carga desproporcionada”. Como puede observarse, el objetivo es clarificar el ámbito subjetivo de la obligación y flexibilizar aquellas circunstancias que permiten incumplir la obligación de adaptar el puesto de trabajo. Ambas son tributarias de la preocupación del impacto económico de esta obligación en pequeñas y medianas empresas mostrada en los respectivos dictámenes del Comité de las Regiones y del Comité Económico y Social.

3.3.2. 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

Partiendo como base del contenido del artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada Ámsterdam), el Consejo aprobó el 27 de noviembre de 2000 la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta norma nace de la necesidad de armonizar el alcance, contenido y eficacia jurídica de la prohibición de discriminación en el ámbito del empleo, pues la aplicación de este principio variaba notablemente entre los Estados miembro. Nos encontramos ante una norma que ha sido considerada como el punto de inicio de una nueva era en la política legislativa europea contra la discriminación por razón de discapacidad³⁵⁸. En puridad, simboliza la voluntad de los Estados miembro de impulsar a nivel europeo una política armonizada de lucha contra la discriminación y un enfoque integrador de la igualdad de oportunidades, y, de hecho, se integra como parte de un ambicioso proyecto europeo para erradicar la discriminación en el empleo³⁵⁹.

³⁵⁸ Vid. WADDINGTON, L., “Evolving Disability Policies: From Social-Welfare to Human Rights. An International Trend from a European Perspective”, *op. cit.*, pág. 161 y HENDRIKS, A., “Disability Equality after Amsterdam”, *op. cit.*, pág. 194.

³⁵⁹ En el marco del artículo 13, la UE adoptó, además de la Directiva 2000/78, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas

La elección de una Directiva para acometer la consecución de este objetivo no fue una cuestión baladí. El Consejo, consciente de la variedad de situaciones y diferencias entre Estados miembros, pretendió establecer un marco común mínimo de protección contra la discriminación que, a su vez, otorgase una cierta flexibilidad en su implantación y permitiese incrementar el nivel de protección a aquellos países que así lo decidieran³⁶⁰. En consecuencia, el texto resultante de la Directiva es tributario de esta pretensión, y ofrece un margen suficiente para dar cabida a las circunstancias sociales y políticas de los distintos países que integran la UE³⁶¹.

Llegados a este punto, conviene señalar que la Directiva 2000/78 asume un enfoque que combina las virtudes del modelo de derechos civiles estadounidense y el modelo clásico europeo de protección social³⁶². Clara muestra de ello la observamos en el artículo 7.2 de la Directiva 2000/78, que evidencia la pretensión de conciliar el principio de igualdad de trato, manifestación más cercana al modelo estadounidense, y la protección de la salud y seguridad en el trabajo³⁶³, parcela

independientemente de su origen racial o étnico, y la Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006). Tal y como señala el punto 1.7 del Dictamen del Comité Económico y Social sobre: la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre algunas medidas comunitarias de lucha contra la discriminación», la «Propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación», la «Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico», y la «Propuesta de Decisión del Consejo por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006)» el objetivo de este paquete de medidas es «[...] garantizar un conjunto común de normas mínimas en toda la Unión y constituirá una declaración inequívoca de política pública, sin dejar lugar a dudas sobre la postura que la sociedad europea ha adoptado con respecto a las prácticas discriminatorias».

³⁶⁰ Vid. WADDINGTON, L., "Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for Exercising National Discretion", en LAWSON, A. y GOODING, C. (Eds.), *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Hart Publishing, Oxford, 2005, págs. 133 y 134.

³⁶¹ En este sentido, véase *Ibid.*, pág. 110.

³⁶² Así lo han afirmado autores como WADDINGTON, L., "Legislating to Employ People with Disabilities: the European and American Way", *Maastricht Journal*, vol. 367, 1, 1994, pág. 368; WADDINGTON, L., "Article 13 EC: Setting Priorities in the Proposal for a Horizontal Employment Directive", *Industrial Law Journal*, vol. 29, 2000, pág. 176; WADDINGTON, L.; DILLER, M., "Tensions and Coherence in Disability Policy: The Uneasy Relationship between Social Welfare and Civil Rights Models of Disability in American, European and International Employment Law", en BRESLIN, M.L., YEE, S. (eds.) *Disability Rights and Policy. International and National Perspective*, Transnational Publishers, Ardsley, 2002; HENDRIKS, A., "Disability Equality after Amsterdam", *op. cit.*, pág. 191; DE BURCA, G., "The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, 1, 2012, págs. 1-22; QUINN, G.; FLYNN, E., "Transatlantic Borrowings", *op. cit.*, págs. 24-25. Para un examen sobre las connotaciones del modelo americano, véase el apartado 4.1 de esta obra.

³⁶³ En particular, el artículo 7.2 de la Directiva 2000/78 prevé: "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 de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar

esta clasificada dentro del modelo europeo. La asunción de un modelo mixto es un hecho que pretende reivindicar un cambio en la política de lucha contra la discriminación por parte de la UE, a fin de lograr una efectiva implantación del principio de igualdad de trato.

Como ya ha podido advertirse, una de las características principales de esta Directiva es su ámbito de aplicación material, de carácter sectorial, que centra toda su atención en establecer un marco jurídico para lograr la igualdad de oportunidades³⁶⁴, y erradicar la discriminación específicamente en el ámbito del empleo³⁶⁵, pero con voluntad de expansión horizontal³⁶⁶. Y para ello, integra casi todas las causas de discriminación ya previstas en el artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada Ámsterdam)³⁶⁷, sin

de trabajo, 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'.

³⁶⁴ Algunos autores han defendido que la protección que brinda la Directiva es asimétrica en cuanto a la discriminación indirecta. La asimetría, como señala WADDINGTON, L., "Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for Exercising National Discretion", *op. cit.*, pág. 114 y WADDINGTON, L., "Not Disabled Enough": How European Courts Filter Non-Discrimination Claims Through a Narrow View of Disability", *European Journal of Human Rights*, vol. 15, 1, 2015., págs. 14-15, significa que la protección que ofrece la Directiva en materia de discapacidad es selectiva y no prohíbe que se trate más favorablemente a una persona con discapacidad respecto a una persona sin discapacidad. Así sólo se aplicará en aquellos supuestos en los que la persona ha sido reconocida con una *discapacidad determinada* (artículo 2.2.n.ii de la Directiva 2000/78) y ha sido discriminada por razón de discapacidad, excluyéndose de la protección situaciones como por ejemplo aquellas personas a las que no se les ha reconocido una discapacidad, entre otros supuestos. Esta característica de la Directiva 2000/78 ha sido defendida por la autora citada anteriormente en diversas ocasiones, como por ejemplo WADDINGTON, L., "Fine-tuning Non-discrimination law: Exceptions and Justifications Allowing for Differential Treatment on the Ground of Disability", *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 15, 1-2, 2015, págs. 13-14, así como por BARNARD, C., "The Changing Scope of the Fundamental Principle of Equality?", *McGill Law Journal*, vol. 46, 2001, pág. 972 y SKIDMORE, P., "EC Framework Employment Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-discrimination Policy?", *Industrial Law Journal*, vol. 30, 2001, pág.131.

Por el contrario, la protección respecto a la discriminación directa puede ser interpretada desde un punto de vista simétrico y asimétrico, tal y como indica WADDINGTON, L., "Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for Exercising National Discretion", *op. cit.*, pág. 115.

Para un examen en profundidad sobre estos conceptos, véase BELL, M.; WADDINGTON, L., "Reflecting on Inequalities in European Equality Law", *European Law Review*, vol. 28, 3, 2003, págs. 349-369.

³⁶⁵ Concretamente, la Directiva se centra en las siguientes áreas: acceso al empleo y a la ocupación, promoción y formación profesionales, condiciones de contratación y trabajo, y pertenencia a determinadas organizaciones. No obstante, la aplicación de la Directiva 2000/78 no está prevista a *los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de Seguridad Social o de protección social* (artículo 3.3), lo que significa, tal y como ha indicado WHITTLE, R., "The Framework Directive for Equal Treatment in Employment and Occupation: An Analysis from a Disability Rights Perspective", *European Law Review*, vol. 27, 3, 2002, pág. 12 (versión electrónica), la exclusión del empleo protegido debido a la percepción de ayudas públicas destinadas al desarrollo de la actividad.

³⁶⁶ Tal y como señala *Ibid.*, pág. 2 (versión electrónica), la Directiva alienta a los Estados miembro a ampliar la aplicación del principio de igualdad de trato a ámbitos distintos al empleo – expansión horizontal-.

³⁶⁷ La única de las causas que no comparte la Directiva 2000/78 y el ya citado artículo 13 del Tratado constitutivo es el sexo. El texto inicial, integrado en la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (COM/99/0565 final), justifica su exclusión en la omnipresencia de la lucha contra las desigualdades vinculadas al sexo que se deriva de los artículos 2 y 3 del Tratado, y reconoce la distinta afectación en hombres y mujeres de las causas de discriminación contempladas.

que exista ningún tipo de jerarquía o clasificación entre ellas³⁶⁸. De hecho, incluye disposiciones que abarcan todo tipo de acciones antidiscriminatorias: desde la calificación del acoso como comportamiento discriminatorio o la previsión de medidas de acción positiva hasta la inversión de la carga de la prueba ante los tribunales³⁶⁹.

A) La igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad: el artículo 5 de la Directiva 2000/78

Si analizamos las novedades que afectan a la lucha contra la discriminación e igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, la inclusión de la discapacidad como causa explícita es uno de los puntos más importantes de esta Directiva. El Consejo, consciente de la importancia de lograr una plena igualdad de oportunidades en el ámbito del empleo y la ocupación³⁷⁰, continúa la tendencia de abandono del modelo asistencial³⁷¹, iniciada en la Comunicación de la Comisión sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía de

³⁶⁸ Sobre esta cuestión, el apartado 3.2 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (COM /99/0565 final) constata la importancia de la ausencia de una jerarquía cualitativa entre las causas de discriminación en aquellos supuestos en los que exista discriminación múltiple, entendiéndose que dicho planteamiento es coherente con la estructura y propósito enunciado en el artículo 13 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada Ámsterdam).

Para un análisis sobre las relaciones entre las distintas causas de discriminación y la interseccionalidad, véase ONUFRIO, M.V., "Intersectional Discrimination in the European Legal Systems: Towards a Common Solution?", *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 14, 2, 2014, págs. 126-140 y NEUVONEN, P., "Inequality in Equality in European Union Equality Directives: A Friend or a Foe of More Systematized Relationships between the Protected Grounds", *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 15, 4, 2015, págs. 222-240.

³⁶⁹ Estas medidas han sido calificadas por la doctrina como disposiciones comunes que aplican el principio de igualdad a todas las causas de discriminación, si bien la Directiva también diseña un segundo nivel de protección para ámbitos específicos. En este sentido, véase WADDINGTON, L., "Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for Exercising National Discretion", *op. cit.*, pág. 109.

Para un examen en profundidad de las aportaciones que efectúa la Directiva 2000/78, véase WADDINGTON, L.; BELL, M., "More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives", *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001, págs. 587-611.

³⁷⁰ Buena muestra de ello son las referencias incluidas en el apartado 2 del texto de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (COM/99/0565 final), que ponen de manifiesto las elevadas probabilidades de desempleo de este colectivo y la existencia de discriminación fundamentada en *la falta de adaptación de los puestos de trabajo y el diseño inapropiado de la organización del trabajo*.

³⁷¹ Tal y como ha señalado LAWSON, A., "Disability Equality Reasonable Accommodation and the Avoidance of Ill Treatment in Places of Detention: The Role of Supranational Monitoring and Inspection Bodies", *The International Journal of Human Rights*, vol. 16, 6, 2012, pág. 485, la Directiva 2000/78 asume una visión basada en el modelo social, abandonando un enfoque basado en las características personales y centrándose específicamente en la interacción con el entorno. Asimismo, GARCÍA QUIÑONES, J.C., "El concepto jurídico laboral de discapacitado", *op. cit.*, pág. 39 constata que "el paternalismo asistencial deja paso a la función promocional", consolidando así "[...] una labor de promoción que compense su posición de desventaja inicial [...]".

30 de julio de 1996. El nuevo planteamiento se centra en la consecución efectiva de la igualdad de este colectivo en el ámbito laboral, y pretende eliminar la discriminación mediante un enfoque que presta atención a la prevención y la eliminación de obstáculos.

Para ello, el texto de la Directiva 2000/78 introduce la que es, con diferencia, la medida de mayor impacto a nivel europeo: la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo³⁷², de innegable influencia americana³⁷³. La primera versión de la Directiva 2000/78 contemplaba, en su artículo 2.4 la obligación de realizar ajustes razonables, pero se limitaba únicamente a enunciar la obligación de un modo excesivamente simple³⁷⁴. Ante la importancia creciente de esta medida antidiscriminatoria, que no medida de acción positiva³⁷⁵, se mantiene, con alguna modificación, la previsión de la obligación en el artículo 2.2.II de la Directiva 2000/78 relativo al concepto de discriminación, y se desarrolla la obligación en el artículo 5 de la Directiva 2000/78.

³⁷² Concretamente, el legislador europeo ya prestó especial atención a la adaptación del puesto de trabajo en el artículo 6.2.d de la Dir. 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. No obstante, en aquella ocasión se centró en la tutela preventiva, y, en consecuencia, la Directiva 2000/78 amplía la protección centrándose en la tutela antidiscriminatoria.

No obstante, según QUINN, G.; FLYNN, E., "Transatlantic Borrowings", *op. cit.*, pág. 42, la creación de un artículo específico en el marco de la Directiva 2000/78 obedece a la voluntad estética de separar la obligación de realizar ajustes razonables del concepto de discriminación.

³⁷³ *Vid. Ibid.*, pág. 42 y SCHIEK, D. ET AL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007, pág. 649, que afirman que la conceptualización de los ajustes razonables fue copiada de la legislación americana, concretamente de la ADA.

Para un estudio de la evolución y configuración actual de la obligación de realizar ajustes razonables en Estados Unidos, véase el apartado 4.1 del presente estudio.

³⁷⁴ Concretamente, el texto de este precepto era: "A fin de garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de las personas con discapacidad, se realizarán los ajustes razonables, allí donde sean necesarios, para que estas personas puedan acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, a menos que esta obligación suponga dificultades excepcionalmente gravosas."

³⁷⁵ La confusión de los ajustes razonables como medida de acción positiva se ha producido, tal y como señala WADDINGTON, L.; BELL, M., "Exploring the Boundaries of Positive Action under EU: A Search for Conceptual Clarity", *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, págs. 1516 y 1517, tanto a nivel judicial como legislativo europeo (Bélgica y Portugal). Los autores defienden que la caracterización ideal de esta obligación debe incardinarse como un tipo particular de disposición antidiscriminatoria basada en un modelo distinto de lucha contra la discriminación, pues se trata de una disposición obligatoria – a diferencia de algunas de las medidas de acción positiva- y ostenta un carácter individual que la hace única.

Una explicación detallada sobre esta discusión puede hallarse en WADDINGTON, L.; HENDRIKS, A., "The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination.", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 18, 2002, págs. 403–428.

El ejemplo español es paradigmático, pues la configuración de esta obligación no se ha clasificado como una medida de acción positiva. El artículo 7 de la LIONDAU la definió como un mecanismo autónomo, clasificación esta que se ha mantenido en el artículo 40 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Para un examen en profundidad sobre la evolución española del concepto de ajuste razonable, véase el apartado 5.2 de esta obra.

Este precepto contiene un mandato, dirigido a los empresarios que contraten trabajadores con discapacidad, según el cual aquellos deberán realizar ajustes razonables a fin de cumplir con el principio de igualdad de trato de este colectivo. El concepto de ajuste razonable se define por el artículo 5 como la adopción de las medidas adecuadas para que este colectivo pueda acceder al empleo, tomar parte en el mismo, realizar formación o progresar profesionalmente³⁷⁶. No obstante, el empresario quedará eximido de esta obligación en aquellos supuestos en los que la adopción de las medidas suponga una carga excesiva, circunstancia que no se producirá cuando la actuación empresarial sea paliada en grado suficiente mediante medidas existente en el Estado miembro³⁷⁷.

Como puede observarse, nos encontramos ante una solución individual que pretende eliminar las barreras que impiden una participación plena y efectiva de las personas con discapacidad, y refleja el paradigma de la igualdad formal³⁷⁸. Se trata, pues, de una obligación empresarial autónoma, con entidad propia, incardinada dentro de la tutela antidiscriminatoria. En consecuencia, conviene señalar que este mandato no debe ser confundido con otras disposiciones que, si bien pueden manifestar efectos similares en la práctica, se incardinan en la tutela preventiva en materia de seguridad y salud³⁷⁹.

Ahora bien, la cuestión principal que conviene abordar en este punto es cómo interaccionan entre ellas, pues, en la práctica, pueden existir actuaciones preventivas en materia de salud y seguridad laboral que podrían ser invocadas por la parte empresarial como ajuste razonable o cuya ejecución signifique un

³⁷⁶ A mayor abundamiento, el considerando 20 de la Directiva 2000/78 ofrece algunos ejemplos del tipo de adaptaciones que pueden incardinarse en esta obligación, tales como adaptación de instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre.

³⁷⁷ La mención a las medidas existentes en el Estado miembro es otro aspecto que deja patente la voluntad de integrar el modelo europeo de protección de la salud y seguridad en una obligación extranjera importada del mundo anglosajón. En este sentido, el legislador europeo, consciente de que los Estados miembros han ratificado instrumentos internacionales que obligan a garantizar derechos humanos con contenido económico y social, decidió incluir esta disposición para dificultar la alusión a la existencia de carga desproporcionada.

³⁷⁸ Vid. HOSKING, D., "Great Expectations: Protection from Discrimination because of Disability in Community Law", *European Law Review*, vol. 31, 5, 2006, pág. 12 (versión electrónica).

³⁷⁹ Nos referimos al artículo 6.2.d de la Directiva 89/391, que contempla como principio general de prevención *adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos de trabajo y los métodos de trabajo y de producción, con miras en particular, a atenuar el trabajo monótono y el trabajo repetitivo y a reducir los efectos de los mismos en la salud.*

incremento económico que genere una carga desproporcionada. Como punto de partida, la realización de ajustes razonables se contempla como una obligación ex artículo 5 de la Directiva 2000/78, conceptualización esta que difiere sustancialmente de la naturaleza de principio general de prevención, constatado explícitamente en el artículo 6.2.d de la Directiva 89/391. La pertenencia a categorías distintas se ve reforzada por la incardinación en ámbitos de protección claramente diferenciados. En efecto, la obligación de realizar ajustes razonables está integrada en la Directiva 2000/78, centrada específicamente en la tutela antidiscriminatoria, y el principio de adaptar el puesto de trabajo a la persona se halla en la Directiva 89/391, cuyo foco de atención es la tutela preventiva en materia de salud y seguridad en el trabajo. Las diferencias se extienden incluso en su caracterización, siendo la más notable a los efectos de esta discusión la no consideración, por parte del principio de adaptar el puesto de trabajo, del coste económico a fin de realizar la actuación preventiva³⁸⁰.

Esta separación normativa evidencia el carácter autónomo de la obligación de realizar ajustes razonables y que la voluntad del legislador fue la de diferenciar dos parcelas totalmente diferenciadas, una centrada en la implantación del principio de igualdad de trato en el empleo y la otra focalizada en la seguridad en el trabajo. Así, nos encontramos ante dos mandatos que operan en esferas de protección distintas y con caracterizaciones muy diversas, pero cuya retroalimentación es innegable³⁸¹, conformando un marco jurídico de protección multinivel en el ámbito de las relaciones laborales. Esta relación de independencia nos lleva a concluir que aquellas actuaciones efectuadas en el marco de la instrumentación de la protección a la salud y el trabajo no pueden considerarse en la valoración de la existencia de la carga excesiva.

³⁸⁰ Así lo señala WHITTLE, R., "The Framework Directive for Equal Treatment in Employment and Occupation: An Analysis from a Disability Rights Perspective", *op. cit.*, pág. 8 versión electrónica.

³⁸¹ En esta dirección, el apartado 5 de la propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (COM/99/0565 final) refleja que la obligación de realizar ajustes razonables *completa y refuerza la obligación de los empresarios de adaptar el lugar de trabajo a los trabajadores con discapacidad prevista en la Directiva marco 89/391/CEE.*

Continuando con el análisis del artículo 5 de la Directiva 2000/78, conviene destacar que su redacción es un tanto genérica³⁸², hecho este no extraño atendiendo a la finalidad de la norma, que no es otra que constituir un fundamento legal mínimo que permita un cierto margen de flexibilidad para la transposición en los distintos Estados miembro. En este sentido, salta a la vista que se ha pretendido sentar las bases del ámbito de aplicación de la obligación, definiendo el alcance objetivo sobre el que debe afectar dicha obligación necesariamente. Y debe señalarse que, afortunadamente, el legislador europeo muestra una cierta preocupación por brindar una protección que incluya los distintos estadios de la relación laboral, ya se enmarque en el sector público o privado, garantizando así el principio de igualdad de trato de las personas con discapacidad en distintos ámbitos de la relación laboral.

Sin embargo, si examinamos el artículo 3 de la Directiva 2000/78, relativo al ámbito de aplicación³⁸³, podemos observar que incluye ámbitos sobre los que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 no se pronuncia. Así pues, ¿Qué relación existe entre estos dos preceptos? Como punto de partida, conviene destacar que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 caracteriza la obligación de realizar ajustes razonables³⁸⁴, y a priori, parecería que el artículo 3 de la Directiva 2000/78 no

³⁸² En esta misma línea, véase WADDINGTON, L., "When it is Reasonable for Europeans to be Confused: Understanding when a Disability Accommodation is Reasonable from a Comparative Perspective", *Comparative Labour Law and Policy Journal*, vol. 29, 2008, pág. 335.

³⁸³ El contenido de este artículo es el siguiente: "1. Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. 2. La presente Directiva no afectará a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entenderá sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas. 3. La presente Directiva no se aplicará a los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de Seguridad Social o de protección social. 4. Los Estados miembros podrán prever la posibilidad de que la presente Directiva no se aplique a las fuerzas armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad".

³⁸⁴ La redacción íntegra del artículo 5 es la siguiente: "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

desempeñaría un papel especialmente importante. Ahora bien, el artículo 3 se encarga de definir el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, y, de hecho, va más allá que el propio artículo 5 al prever, por ejemplo, referencias al sector público y privado, la actividad por cuenta propia y ejercicio profesional, criterios de selección y condiciones de contratación, entre otros.

En consecuencia, el ámbito objetivo de la obligación de realizar ajustes razonables no puede interpretarse únicamente *ex artículo 5* de la Directiva 2000/78, pues el artículo 3 de la Directiva 2000/78 extiende sus efectos a aspectos que, *a priori*, no aparecen explícitamente en el artículo 5 de la Directiva 2000/78. Existe, pues, una relación de complementariedad entre ambos preceptos que expande los efectos del principio de igualdad de trato a diferentes ámbitos. Así, situaciones como por ejemplo la actuación de la administración pública como contratante de servicios prestados por una persona con discapacidad que ejerce una actividad por cuenta propia, estarían amparadas por la Directiva, ya que, si bien es cierto que existe una concurrencia de ámbitos diversos, el artículo 5 de la Directiva 2000/78 contempla el acceso al empleo, que debe interpretarse a la luz del artículo 3 de la citada norma, precepto este que contempla la aplicación de la Directiva a la actividad por cuenta propia en el marco del sector público.

De hecho, la ampliación del ámbito objetivo en el que opera el artículo 5 de la Directiva 2000/78 permite afirmar la importancia de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad como medida protectora del mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad. Sin ánimo de profundizar en los efectos particulares del deber empresarial objeto de estudio para cada una de las distintas extinciones³⁸⁵, sí que interesa destacar en este punto la importancia de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad como medida protectora del mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad. Esta tesis se fundamenta, esencialmente, en el artículo 27 de la CIDPD en relación con el artículo 5 de la Directiva 2000/78, que, en virtud del

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.”

³⁸⁵ A tal efecto, véase el capítulo 6 de esta obra.

principio de primacía de los acuerdos internacionales, exige interpretar la Directiva 2000/78 en la medida de lo posible, de conformidad con la CIDPD³⁸⁶. En efecto, la CIDPD promueve, protege y asegura el derecho a trabajar en igualdad de condiciones³⁸⁷. La concreción jurídica de la salvaguarda del derecho al trabajo corresponde a los Estados Parte, mediante la continuidad y el mantenimiento en el empleo, ambas previstas en el artículo 27.1 letra a) y letra e). Esta especificación, sumada al papel central de los ajustes razonables otorgado por la CIDPD, permite sostener la utilización del deber empresarial objeto de estudio como mecanismo de mantenimiento del empleo, ya no sólo por la existencia de barreras que dificultan enormemente el reingreso al mundo del trabajo de las personas con discapacidad, sino porque esta obligación garantiza el disfrute del derecho al trabajo en igualdad de condiciones. Así, la CIDPD integra esta medida como parte del derecho al trabajo de este colectivo, configurando así una protección *ex ante* en aquellos supuestos en los que se decida extinguir el contrato de una persona con discapacidad³⁸⁸, so pena de considerar la decisión empresarial discriminatoria³⁸⁹.

En otro orden de cosas, el matiz limitador de la eficacia de este mecanismo recae en la caracterización de la ponderación de la carga excesiva. La norma europea implementa la adaptación del puesto de trabajo como un deber empresarial con un carácter sumamente limitado: el empresario sólo deberá hacer frente a aquellos ajustes que sean razonables. La Directiva 2000/78 no define el significado de razonable³⁹⁰, pero ofrece como referencia la existencia de carga

³⁸⁶ Así lo ha señalado el TJUE en el apartado 32 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222. Para un examen en profundidad de este pronunciamiento judicial, véase el epígrafe 3.5.3 de este estudio.

³⁸⁷ Véase artículos 1 y 27 de la CIDPD.

³⁸⁸ Para un examen en profundidad sobre esta cuestión, véase GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., "La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo: Una visión internacional y europea de su configuración y eficacia como mecanismo de control a las extinciones de personas con discapacidad", *Trabajo y Derecho*, vol. 6, 2017, págs. 64-90.

³⁸⁹ Aunque la CIDPD no establece explícitamente que la ausencia de ajustes razonables es discriminatoria, sí que es cierto que su artículo 5.3 exige la adopción de medidas, por parte de los Estados, para asegurar la ejecución de esta medida a fin de eliminar la discriminación. Así pues, la CIDPD asocia la discriminación con la no realización de ajustes razonables.

³⁹⁰ A diferencia de Estados Unidos, la discusión del significado razonable no se ha producido aún en Europa. No obstante, WADDINGTON, L. *Disability, Employment and the European Community*, Appeldorn, Maklu, 1995, pág 165; WADDINGTON, L., "When it is Reasonable for Europeans to be Confused: Understanding when a Disability Accommodation is Reasonable from a Comparative Perspective", *op. cit.*, págs. 334 y ss. ha defendido la conveniencia de modificar la expresión "ajuste razonable" por "ajuste efectivo", ya que la

excesiva para determinar la razonabilidad del ajuste³⁹¹. Bajo una apariencia de flexibilidad, el artículo 5 de la Directiva 2000/78 ofrece una posibilidad para eximir del cumplimiento de esta obligación, especialmente pensada para amparar a pequeños y medianos empresarios³⁹², que generalmente disponen de menos recursos y mayores dificultades para afrontar la adaptación de los puestos de trabajo. De esta forma, la Directiva 2000/78 asocia la razonabilidad con la obligatoriedad del deber de adaptar el puesto de trabajo, pudiendo afirmarse, pues, que se considerarán razonables – y por ello obligatorios- aquellos ajustes que no incurran en carga excesiva.

El problema se plantea a tenor de la parquedad de la configuración y valoración de la carga excesiva, prácticamente inexistente en el texto final de la Directiva 2000/78³⁹³, y sorprende especialmente la redacción sumamente generalista de la cláusula incluida en el artículo 5 *in fine*³⁹⁴. Resulta evidente que, desde un punto de vista europeo, se ha querido trasladar la responsabilidad de definir y valorar la carga excesiva a los Estados miembros, probablemente fruto de la falta de consenso entre los distintos países³⁹⁵. Este enfoque perjudica enormemente a la creación de un marco común europeo de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad, ya que permite que la legislación de los Estados miembro asuma caracterizaciones distintas sobre este concepto, y apunta a convertirse en

expresión actual focaliza la atención en circunstancias que dependen del empresario, obviando así la que, según la autora, debe ser la principal cuestión: la efectividad de la adaptación.

³⁹¹ Esta tesis ha sido sostenida por el TJUE en el apartado 58 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222. En sentido contrario, véase WADDINGTON, L., “Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for Exercising National Discretion”, *op. cit.*, pág. 125 y WADDINGTON, L., “When it is Reasonable for Europeans to be Confused: Understanding when a Disability Accommodation is Reasonable from a Comparative Perspective”, *op. cit.*, pág. 330 y ss., que sostiene que la razonabilidad exigida a los ajustes se refiere al potencial para lograr la igualdad de oportunidades, y, en consecuencia, no guarda relación con el coste o la carga que pueda suponer para el empresario. De hecho, la citada autora señala, en *Ibid.*, pág. 127, con relación a Bélgica, que una configuración jurídica de la obligación que basa la razonabilidad en la ausencia de carga desproporcionada es contraria a la caracterización originaria de los ajustes razonables, pues la razonabilidad debe vincularse a la efectividad del ajuste, en relación con desempeño de las funciones del puesto de trabajo.

³⁹² La incorporación de la expresión “carga excesiva” se produjo como consecuencia de los dictámenes del Comité de las Regiones y del Comité Económico y Social, que insistían en sugerir la importancia de ofrecer un marco jurídico que acomodase el impacto económico de la adaptación de puestos de trabajo, a fin de prevenir un incumplimiento generalizado y sistemático de la obligación.

³⁹³ Si bien es cierto que el considerando 21 de la Directiva 2000/78 señala que *deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda*, su valor jurídico es más que discutible, pues el artículo 5 de la norma europea, que es el que deben transponer los Estados miembros, no incluye ninguna de estas circunstancias.

³⁹⁴ A saber, *la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.*

³⁹⁵ De hecho, esta situación se intuye si observamos el proceso de gestación de la CIDPD, en el que surgió esta misma cuestión. Para un análisis en profundidad, véase el apartado 2.3.3 de este estudio.

un aspecto que deberá ser clarificado por el TJUE. En este sentido, la Directiva 2000/78 debió incluir pautas de interpretación que clarificasen situaciones no resueltas³⁹⁶, y facilitar elementos que permitan efectuar un análisis en profundidad de la existencia de carga desproporcionada que exima al empresario de efectuar la adaptación correspondiente³⁹⁷, más aún teniendo en cuenta su impacto sobre la igualdad de oportunidades y no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad.

Llegados a este punto, conviene señalar que, como consecuencia de las indicaciones del Comité de las Regiones y del Comité Económico y Social, la Directiva 2000/78 incluye dos cuestiones claves que refuerzan la eficacia de esta medida. En concreto, nos referimos a la constatación expresa de aplicación tanto al ámbito público y privado (artículo 3.1 de la Directiva 2000/78) y a la extensión de nacionales de terceros países (artículo 3.2 de la Directiva 2000/78). Ambas referencias, claramente enfocadas a expandir y reforzar la protección que confiere la Directiva 2000/78, juegan un papel crucial en la efectividad de esta obligación, incluyendo así situaciones que podrían hallarse en la frontera aplicativa de la Directiva.

B) Algunas cuestiones controvertidas sobre la Directiva 2000/78

Para finalizar este apartado relativo a la Directiva 2000/78, es conveniente identificar algunas lagunas sobre las que la citada norma europea debería prestar una especial atención.

En primer lugar, llama poderosamente la atención que la Directiva no contemple explícitamente la ausencia de la realización de ajustes razonables como comportamiento discriminatorio. Si examinamos el artículo 2.2 de la Directiva 2000/78, encargado de definir el concepto de discriminación directa o indirecta, se

³⁹⁶ Así, por ejemplo, la Directiva 2000/78 no da respuesta a como inciden circunstancias externas al empresario, como puede ser una crisis económica a nivel estatal o la existencia de fuerza mayor, en el marco de la consideración de la existencia de carga excesiva.

³⁹⁷ Entre los parámetros que se consideran más importantes a nivel europeo, deberían incluirse el coste para el empresario del ajuste, el tamaño de la empresa, la consideración de las obligaciones nacionales –cuota de reserva de empleo- y el cumplimiento de las mismas por la empresa, las dificultades técnicas que supone efectuar la adaptación o si la causa de la discapacidad está relacionada con un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

advierte, tal y como ya se ha mencionado anteriormente, que la norma europea se refiere a la obligación de realizar ajustes razonables, pero en ningún caso establece que su omisión será considerada un comportamiento discriminatorio. En esta dirección, el considerando 16 de la Directiva 2000/78 reconoce el importantísimo papel de los ajustes razonables a la hora de combatir la discriminación por razón de discapacidad en el puesto de trabajo, pero la calificación de su incumplimiento es una cuestión sobre la que la Directiva 2000/78 no se pronuncia. Así pues, a pesar de los esfuerzos normativos por configurar una caracterización efectiva de la obligación de realizar ajustes, nos encontramos que la consecuencia lógica y más importante para su implantación – la consideración de su omisión como comportamiento discriminatorio- no tiene cabida en la norma europea, a diferencia de otros textos internacionales³⁹⁸. Ante este escenario, es cierto que algunas legislaciones nacionales han suplido esta inexplicable ausencia normativa³⁹⁹, pero la no constatación a nivel europeo de esta circunstancia resta eficacia a su cumplimiento⁴⁰⁰.

En segundo lugar, la Directiva 2000/78 omite definir qué debe entenderse por discapacidad, así como tampoco explica el significado de la expresión “por motivos de discapacidad”⁴⁰¹. La norma europea no contiene ninguna referencia a su conceptualización, dejando así un inexplicable vacío en un concepto clave de la Directiva. Por una parte, puede resultar lógico que la norma europea no defina

³⁹⁸ El artículo 2 de la CIDPD, encargado de plasmar distintas definiciones, constata como comportamiento discriminatorio por razón de discapacidad la denegación de la realización de los ajustes razonables. Para un examen en profundidad sobre la conceptualización de los ajustes razonables en el marco de la CIDPD, véase el apartado 2.3.3 de esta obra.

³⁹⁹ Países Bajos, Bélgica, Reino Unido, Suecia, han procedido, en el marco de la transposición de la Directiva 2000/78, a constatar la consideración de la no realización de ajustes razonables como comportamiento discriminatorio. No obstante, WADDINGTON, L.; HENDRIKS, A., “Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe”, *op. cit.*, págs. 403-427, que la implementación en Países Bajos y Bélgica no especifica qué tipo de discriminación –directa o indirecta- es un incumplimiento de este tipo, y los autores defienden la necesidad de que dicho incumplimiento constituya una categoría propia ajena a la discriminación directa o indirecta.

A nivel español, el legislador ha contemplado explícitamente que la denegación de los ajustes razonables es una conducta que vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades, ex artículo 63 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Para un detallado análisis, véase el apartado, véanse los apartados 5.1.6 y 5.2 de esta obra.

Incluso Estados no miembros de la UE, a saber, Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica han adoptado la no realización de los ajustes razonables como forma de discriminación, tal y como señala *Ibid.*, págs. 411-412.

⁴⁰⁰ Vid. VENTEGODT, M., *Disability and Employment. A Contemporary Disability Human Rights Approach Applied to Danish, Swedish and EU Law and Policy*, Intersentia, Reino Unido, 2011, págs. 112-115.

⁴⁰¹ Vid. WADDINGTON, L., “Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for Exercising National Discretion”, *op. cit.*, pág. 117.

el concepto de discapacidad, no sólo por tradición normativa⁴⁰², o por la notable influencia del modelo de derechos civiles americano en la política europea de lucha contra la discriminación⁴⁰³, sino por su propia naturaleza, que pretende ofrecer una cierta libertad en la transposición a los ordenamientos jurídicos internos⁴⁰⁴. No obstante, si valoramos los esfuerzos efectuados por la Directiva 2000/78 en orden a lograr una implantación efectiva y armonizada del principio de igualdad de trato en el empleo, es evidente que esta omisión reduce la eficacia de las medidas de acción positiva previstas en la norma europea⁴⁰⁵. Así pues, la Directiva 2000/78 no contiene una definición europea de discapacidad en el ámbito del empleo, dejando así un espacio de incertidumbre e inseguridad jurídica sobre ciertas situaciones que reduce el impacto que esta norma podría tener sobre la lucha contra discriminación⁴⁰⁶.

De hecho, la responsabilidad de definir la discapacidad en el ámbito del empleo ha sido trasladada *de facto* al TJUE⁴⁰⁷, que a su vez ha remitido esta cuestión al derecho nacional⁴⁰⁸, optándose así por una armonización judicial no exenta de problemas⁴⁰⁹. Las consecuencias que esta omisión ha generado han sido muy

⁴⁰² Tal y como señala *Ibid.*, pág. 117 la no definición del ámbito protegido por la norma es una característica habitual en las Directivas en materia de no discriminación.

⁴⁰³ Vid. QUINN, G.; FLYNN, E., "Transatlantic Borrowings", *op. cit.*, págs. 40-41, que sostienen que "*This is perfectly consonant with the "civil rights" perspective on disability which holds that disability is a "social construct", [...] That being the case, the center of gravity in legislation (especially "civil rights" legislation) is not the person-nor a definition of disability attaching to the person. Instead, the focus is on the behavior of third parties to be prohibited.*" Así, los autores han defendido que la ausencia de una definición se debe a que el centro de gravedad normativo recae sobre la conducta discriminatoria y no en la definición de la discapacidad, perspectiva esta muy cercana al modelo de derechos civiles americano.

⁴⁰⁴ En este sentido, véase WADDINGTON, L., "Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for Exercising National Discretion", *op. cit.*, pág. 110.

⁴⁰⁵ En esta misma línea, véase WHITTLE, R., "The Framework Directive for Equal Treatment in Employment and Occupation: An Analysis from a Disability Rights Perspective", *op. cit.*, págs. 12 y 13 (versión electrónica).

⁴⁰⁶ Entre las situaciones sin respuesta consecuencia de la ausencia de una definición de discapacidad encontramos aquellas personas con una discapacidad menor, la existencia de una discapacidad en el pasado sin efectos actuales o aquellas personas que pueden ser calificadas como personas con discapacidad en un futuro, entre otras.

⁴⁰⁷ En efecto, los Estados miembros se han mostrado poco receptivos en la asunción de la definición del significado de discapacidad en el ámbito de la no discriminación en el empleo, y buena muestra de ello son Holanda y Bélgica, tal y como señala WADDINGTON, L., "Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for Exercising National Discretion", *op. cit.*, págs. 119-121, así como Bulgaria, Grecia, Italia, Polonia, Rumania y Eslovaquia, tal y como indican WADDINGTON, L.; 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, Luxembourg, 2009, pág. 19.

⁴⁰⁸ Vid. QUINN, G.; FLYNN, E., "Transatlantic Borrowings", *op. cit.*, pág. 45.

⁴⁰⁹ Para un análisis en profundidad sobre esta problemática, véase HOSKING, D., "Great Expectations: Protection from Discrimination because of Disability in Community Law", *op. cit.*, págs. 9-10 (versión electrónica); FAVALLI, S.; FERRI, D., "Defining Disability in the European Union Non-discrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Restraints", *op. cit.*, págs. 541-568; y el apartado 3.5 de este estudio.

negativas, puesto que la premisa esencial para aplicar la protección de la Directiva 2000/78 no se halla definida, y, en consecuencia, la norma europea no ha podido desplegar su potencial básicamente porque no constata quienes se hallan bajo su protección.

Sobre esta problemática, la Directiva 2000/78 debería definir el concepto discapacidad única y exclusivamente referido al ámbito de la Directiva, esto es respecto a la tutela antidiscriminatoria en el empleo. La norma europea debería adoptar una estructura similar a la efectuada en el marco de otras Directivas⁴¹⁰, que conjugan a la perfección la pretensión armonizadora y el necesario margen de flexibilidad que requieren las distintas realidades de los Estados miembros. Y en este sentido, sería conveniente incluir las condiciones que deben cumplirse para considerar incluida a cualquier persona dentro del ámbito de su protección, ofreciendo como opciones la exigencia, unificada para todos los Estados miembros, de un determinado porcentaje reconocido oficialmente⁴¹¹, o una definición del término “larga duración” a nivel europeo⁴¹².

Por último, si bien los ajustes razonables aparecen como un paso muy importante para lograr la igualdad de oportunidades efectiva, la realidad es que su conceptualización europea dista mucho de hallarse plenamente desarrollada. La obligación de adaptar el puesto de trabajo es, sin lugar a dudas, la respuesta con mayor éxito a la pregunta sobre cómo lograr la igualdad en sociedades con una extrema diversidad, pero la configuración que ofrece el artículo 5 de la Directiva 2000/78 consolida una distinción entre la normalidad y la diferencia que no

⁴¹⁰ El ejemplo que mejor ilustra esta propuesta es la opción por la que opta la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, que ofrece a los Estados miembros varias opciones respecto a la caracterización de los despidos colectivos, lo que permite una cierta flexibilidad en la conceptualización de los despidos colectivos, sin que ello perjudique la armonización de esta medida de flexibilidad externa.

⁴¹¹ Vid. HIEB, C.; BOOT, G., “The Application of the EU Framework for Disability Discrimination in 18 European Countries”, *European Labour Law Journal*, vol. 4, 2, 2013, pág. 124, que muestran las diferencias sustanciales entre los distintos Estados miembros en esta materia. A título de ejemplo, y tal y como señalan los autores, mientras que países como Luxemburgo exige el reconocimiento de un porcentaje de discapacidad no inferior al 30 %, otros países como Alemania o Austria requieren el reconocimiento de un porcentaje de discapacidad mínimo del 50 %.

Un estudio en profundidad sobre la situación comparada del concepto de persona con discapacidad puede hallarse en PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad*, op. cit., págs.118 a 138, así como en los apartados 4.1.2 (Estados Unidos), 4.2.2 (Canadá), 4.3.2 (Reino Unido) y 4.4.2 (Francia) de esta obra.

⁴¹² Sobre esta cuestión, la diversidad de regulaciones internas también se pone de manifiesto por HIEB, C.; BOOT, G., “The Application of the EU Framework for Disability Discrimination in 18 European Countries”, op. cit., pág. 125.

contribuye a eliminar la estigmatización que han sufrido las personas con discapacidad. Desde un punto de vista conceptual, algunos autores han defendido la falta de capacidad de los ajustes razonables para luchar efectivamente contra la desigualdad⁴¹³, y en este sentido, este planteamiento condiciona su efectividad como instrumento de cambio a la interpretación que realice cada Estado miembro y el TJUE⁴¹⁴.

Sin embargo, la circunstancia que contribuye especialmente a agravar a esta problemática es el diseño de la obligación como una modificación, esto es *ex post*, con un marcado carácter de concesión empresarial en función de las circunstancias individuales. El artículo 5 de la citada norma no opta por exigir la creación de puestos de trabajo universales, sino por la transformación de los ya existentes. Y es precisamente en la adaptación donde se produce la perpetuación de la estigmatización, pues se distingue a aquellos trabajadores que prestan servicios en un puesto de trabajo adaptado⁴¹⁵, y, en consecuencia, se mantiene la calificación de aquellos como personas con discapacidad. A modo de cierre, esta cuestión exigiría modificar diversos aspectos de la conceptualización de la obligación de realizar ajustes razonables⁴¹⁶, a fin de lograr una verdadera inclusión sin distinciones por razón de discapacidad.

⁴¹³ Vid. DAY, S.; BRODSKY, G., "The Duty to Accommodate: Who will Benefit?", *Canadian Bar Review*, vol. 75, 1996, pág. 435, que señalan que "[...] the developing reasonable accommodation framework lacks the capacity to effectively address inequality and foster truly inclusive institutions. It is flawed by its implicit acceptance that social norms should be determined by more powerful groups in the society, with manageable concessions being made to those who are "different". As long as this is the framework for accommodation, less powerful groups cannot expect much from it, since accommodation discourse will serve primarily as a means of limiting how much difference the powerful and the majority must absorb."

⁴¹⁴ Vid. WADDINGTON, L.; HENDRIKS, A., "Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe", *op. cit.*, pág. 415.

⁴¹⁵ En esta misma dirección, DAY, S.; BRODSKY, G., "The Duty to Accommodate: Who will Benefit?", *op. cit.*, pág. 462, destacan que "It allows those who consider themselves "normal" to continue to construct institutions and relations in their image, as long as others, when they challenge this construction are "accommodated. [...] Accommodation seems to mean that we do not change procedures or services, we simply "accommodate" those who do not quite fit. We make some concessions to those who are "different", rather than abandoning the idea of "normal" and working for genuine inclusiveness"

⁴¹⁶ El cambio principal que debería instrumentar el legislador europeo debería ser exigir la accesibilidad de todos los puestos de trabajo, omitiendo referencias a la adaptación o modificación.

3.4. Instrumentos no vinculantes

La primera de las resoluciones que merece especial atención es la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, relativa a un Programa de Acción Social⁴¹⁷. Esta norma detecta la necesidad de intervención a nivel europeo y de instrumentar las medidas necesarias para lograr el pleno empleo y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, plasmando así una voluntad armonizadora. En este sentido, nos encontramos ante una resolución que aborda el fomento del empleo de forma amplia y poco concreta⁴¹⁸, utilizando referencias conceptuales que se basan en el paradigma médico de tratamiento de la discapacidad⁴¹⁹. Como puede observarse, no es una norma pensada especialmente para fomentar la inclusión de las personas con discapacidad, sino más bien como una primera toma de contacto que muestra una leve preocupación hacia este colectivo.

La Resolución del Consejo, de 27 de junio de 1974, relativa al establecimiento del primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los *minusválidos*⁴²⁰, se aprobó con la finalidad de colmar precisamente el espacio diseñado por la resolución de 21 de enero de 1974. Por primera vez, el Consejo plasma una definición de discapacidad⁴²¹, que supone un hito especialmente importante en el ámbito europeo. No obstante, el modelo médico continúa siendo una influencia notoria en esta resolución⁴²², focalizando su atención en la readaptación de las personas con discapacidad una vez se ha reconocido oficialmente su condición, plasmando a tal efecto un programa de formación y readaptación profesional para facilitar la transición hacia el empleo⁴²³. En este punto, conviene destacar que la norma presta una especial consideración a la

⁴¹⁷ Diario Oficial nº C 013 de 12/02/1974.

⁴¹⁸ Así, por ejemplo, la mencionada resolución contiene propuestas como establecer una concertación apropiada de las políticas de empleo de los Estados miembros, promover una mejor cooperación de los servicios nacionales de empleo o iniciar la realización de un programa para la reintegración profesional y social de *minusválidos*, entre otras.

⁴¹⁹ Vid. PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad*, op. cit., pág. 113.

⁴²⁰ Diario Oficial nº C 80 de 9/07/1974.

⁴²¹ El apartado I define discapacidad como “*la limitación de las capacidades físicas o mentales, congénita o adquirida, que repercute en las actividades corrientes y en el trabajo de una persona, reduciendo su contribución a la vida social, su empleo profesional, y su capacidad de utilizar los servicios públicos*”.

⁴²² En este sentido, véase BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 245 y PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad*, op. cit., pág. 113.

⁴²³ Vid. GARRIDO PÉREZ, E., “El Tratamiento comunitario de la discapacidad”, op. cit., pág. 167, que es especialmente crítica con la resolución objeto de análisis, destacando que “[...] el programa no se dirigía a fomentar directamente la ocupación, es decir, no recogía medidas específicas destinadas a lograr la inserción laboral como objetivo último”.

definición de readaptación⁴²⁴, definiéndola como un proceso global en el que el aspecto médico, profesional y social se consideran como parte de un desarrollo global y continuo. Este enfoque es, a pesar de la influencia del modelo médico, especialmente positivo, pues diferencia distintas parcelas en las que el foco de atención es distinto, pero las identifica como parte de un único proceso, siendo especialmente importante el reconocimiento de la readaptación social.

La articulación del programa es otro aspecto sobre el que debemos detenernos. El apartado II de la resolución refleja un esquema de actuación flexible, que define a la UE como ente coordinador y de apoyo financiero⁴²⁵. Así, el planteamiento respecto a los Estados miembros es totalmente individualista y carente de indicaciones o directrices al respecto, hecho este especialmente negativo si tenemos en cuenta que el propósito de la norma europea es el establecimiento de un programa europeo para la readaptación profesional de este colectivo⁴²⁶.

A este documento le siguieron la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de mayo de 1981, sobre la integración económica, social y profesional de las personas con discapacidad en la Comunidad, en particular referencia al Año Internacional de las personas con discapacidad 1981, y la Comunicación de la Comisión al Consejo, de 4 de noviembre de 1981, sobre líneas directrices de una acción comunitaria para la inserción social de las personas con discapacidad. Ambas resoluciones persiguen el incremento de la cooperación interinstitucional en materia de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad, y la primera de ellas manifiesta, por primera vez, la conveniencia de adoptar una Directiva que estableciese *los modelos y criterios de derechos y obligaciones de*

⁴²⁴ El ya citado apartado I conceptualiza readaptación como “*el conjunto de medidas dirigidas a establecer y a mantener relaciones lo más satisfactorias posibles entre una persona y su entorno tras la aparición de una minusvalía, de una lesión o de una enfermedad generadoras de una minusvalía*”.

⁴²⁵ En efecto, el apartado II identifica una serie de acciones incardinadas en tres categorías cuya coordinación corresponde a la Comisión, y plasma “*Los poderes públicos, los institutos y servicios que se ocupan de la readaptación, los interlocutores sociales, las empresas, la población local y, sobre todo, los propios minusválidos tienen que desempeñar cada uno su papel. La Comunidad utilizará los instrumentos financieros de que dispone más para mejorar las posibilidades de readaptación profesional que para paliar una simple insuficiencia de medios financieros.*”

⁴²⁶ En esta misma línea, véase GARRIDO PÉREZ, E., “El Tratamiento comunitario de la discapacidad”, *op. cit.*, pág. 167.

*los minusválidos en los Estados miembros*⁴²⁷. No obstante, la segunda de ellas también es relevante, pues presta especial atención a la inserción social de este colectivo y muestra una tímida apertura al modelo social⁴²⁸. En consecuencia, nos encontramos ante un incremento de la concienciación, por parte de las instituciones europeas, de la inclusión de este colectivo y la necesidad de cambiar el paradigma de actuación.

La Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1981 sobre la integración social de los *minusválidos*⁴²⁹, avanza en la misma línea, con la pretensión de intensificar las medidas para fomentar la integración de este colectivo. Y, de hecho, esta resolución incluye dos elementos novedosos claramente tributarios del paradigma social de tratamiento de la discapacidad. En primer lugar, esta resolución reconoce la existencia de obstáculos sociales, tal y como ya hizo la Comunicación de la Comisión al Consejo, de 4 de noviembre de 1981, y añade su supresión como objetivo para los Estados miembros⁴³⁰. Seguidamente, también se incluye una referencia especialmente novedosa que refuerza la introducción del modelo social: la promoción de la participación de este colectivo en la concepción y ejecución de medidas que les afecte directamente⁴³¹. Como puede observarse, la introducción del modelo social toma cada vez más importancia, y esta circunstancia es especialmente relevante si consideramos el paradigma médico que imperaba en los años 80.

El siguiente instrumento en el que debemos detenernos es la Recomendación de 24 de julio de 1986 (86/379/CEE), sobre el empleo de los *minusválidos* en la Comunidad⁴³². En esta ocasión, se adopta una norma jurídicamente no vinculante

⁴²⁷ Vid. apartado 3 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de mayo de 1981, sobre la integración económica, social y profesional de los *minusválidos* en la Comunidad, en particular referencia al Año Internacional del *Minusválido* 1981.

⁴²⁸ El apartado 4 identifica la inserción social como la supresión de “[...] los obstáculos que tienen a los *minusválidos* apartados de la vida de su comunidad, no solamente previendo medidas específicas de compensación o de readaptación, sino igualmente teniendo en cuenta las necesidades de los *minusválidos*, cualquiera que sea la naturaleza de su *minusvalía*, en la programación y la organización de las estructuras sociales que influyen en su marco de vida, de aprendizaje y de trabajo.”.

⁴²⁹ DO C 347 de 31/12/1981.

⁴³⁰ El párrafo segundo del apartado 1 de la Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1981 señala como acción prioritaria de los Estados miembros “asegurar que, en el desarrollo de las políticas sobre el entorno de los *minusválidos* en la vida cotidiana y en el lugar del trabajo, se tenga debidamente en cuenta la necesidad de suprimir los obstáculos para la participación plena y total de los *minusválidos* en la vida en sociedad”.

⁴³¹ Párrafo tercero del apartado 1 de la Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1981.

⁴³² DO L 225 de 12/8/1986.

especialmente centrada en el empleo de las personas con discapacidad, lo que supuso, en su momento, la frustración de las expectativas respecto a la aprobación de una Directiva⁴³³. No obstante, conviene señalar que la recomendación es especialmente interesante en cuanto a su contenido, ya que centra sus esfuerzos en tres aspectos fundamentales: a) garantizar el principio de igualdad en materia de empleo y formación profesional⁴³⁴; b) la eliminación de discriminaciones negativas⁴³⁵; y, finalmente, c) la introducción de medidas de acción positiva⁴³⁶. De hecho, algunos autores han señalado la importancia que supuso esta recomendación⁴³⁷, ya que modificó la óptica desde la que se enfocaba el fomento del empleo de las personas con discapacidad. El valor de esta Recomendación es especialmente relevante si examinamos que la política europea de tratamiento de discapacidad se había centrado hasta el momento en la rehabilitación de las personas con discapacidad, y a partir del momento de la adopción de esta norma, se instauró la adopción de medidas de acción positiva y la erradicación de conductas discriminatorias como actuaciones prioritarias.

⁴³³ Vid. BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 249.

⁴³⁴ El apartado I.1 recomienda a los Estados miembros aplicar el principio de igualdad de trato en el acceso a un puesto de trabajo y a una formación profesional, normal o específica, incluyendo los servicios de orientación, colocación y seguimiento; el mantenimiento del empleo o de la formación profesional, así como la protección contra el despido injusto; y, finalmente, en las oportunidades de promoción y de formación permanente.

⁴³⁵ Esta pretensión se formaliza mediante la previsión de cinco actuaciones diferenciadas: a) la revisión de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas con el fin de que estas no sean contrarias al principio de trato equitativo para los *minusválidos*; b) la adopción de medidas adecuadas para evitar en la mayor medida posible los despidos vinculados con una incapacidad; c) la limitación de las excepciones al principio de trato equitativo para el acceso a la formación o a un puesto de trabajo únicamente a los casos que se justifican por la existencia de una incompatibilidad específica entre una actividad particular correspondiente a un puesto de trabajo o a un curso de formación y una determinada minusvalía; d) la garantía de que las pruebas exigidas para tener acceso a los cursos de formación profesional, así como las pruebas exigidas durante o al final de dichos cursos, se realicen de tal forma que los candidatos *minusválidos* no se encuentren en desventaja; e) la garantía de que los *minusválidos* puedan hacer valer sus derechos ante las autoridades competentes y recibir la asistencia necesaria a tal efecto con arreglo a las legislaciones y prácticas nacionales.

⁴³⁶ El contenido de las medidas de acción positiva es, con diferencia, el más escaso de las tres medidas recomendadas. En concreto: a) la fijación por los Estados miembros, si dicha fijación resulta apropiada teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los diversos sectores y empresas, y previa consulta a las organizaciones de *minusválidos* y a los interlocutores sociales, de objetivos cuantificados realistas de empleo de personas *minusválidas* en empresas públicas o privadas, que tengan un número mínimo de asalariados, mínimo que puede situarse entre 15 y 50. Deberían adoptarse además medidas para hacer públicos tales objetivos y para poder alcanzarlos; b) el establecimiento en cada Estado miembro de una guía o un código de buen proceder para la contratación de *minusválidos*, que incluya las medidas positivas ya adoptadas en el Estado miembro correspondiente y que se ajuste en su espíritu a las disposiciones de la presente Recomendación.

⁴³⁷ Vid. LÓPEZ CONTRERAS, M.; RIEGO VILLA, J., "Unión Europea. Introducción", en MUÑOZ MACHADO, S. (DIR.) y DE LORENZO, R. (DIR.), *Código Europeo de las Minusválidas*, Escuela Libre, Madrid, 1996, pág. 94; GARRIDO PÉREZ, E., "El Tratamiento comunitario de la discapacidad", op. cit., pág. 169; GARCÍA QUIÑONES, J.C., "El concepto jurídico laboral de discapacitado", op. cit., pág. 41.

Como consecuencia de la esta Recomendación, en el año 1988 se adoptó la Decisión del Consejo de 18 de abril de 1988 relativa a un segundo programa de acción de la Comunidad en favor de los *minusválidos*⁴³⁸ (HELIOS). Dicha resolución sucede a la Resolución de 27 de junio de 1974, y pretende incorporar nuevos elementos no abordados en aquella, tales como la integración económica y social de este colectivo, así como la vida autónoma de las personas con discapacidad. Fijando un arco temporal de actuación que comprende del 1 de enero de 1988 hasta el 31 de diciembre de 1991, esta decisión incluye objetivos muy variados que evidencian una preocupación por la igualdad de oportunidades de este colectivo en distintos ámbitos, pero continúa sin existir voluntad de elaborar una definición de persona con discapacidad⁴³⁹. Así, por ejemplo, el artículo 3 de la Decisión de 18 de abril de 1988 plasma como objetivo el desarrollo de un enfoque europeo en aspectos como la formación, la rehabilitación y la integración económica y social, la realización de actividades de intercambio de información entre Estados miembro desvinculadas del Fondo Social Europeo, ampliar el apoyo de la UE a la cooperación de organizaciones no gubernamentales o prestar especial atención a la inclusión de mujeres con discapacidad y familiares de personas con discapacidad. Tales objetivos se materializan mediante una propuesta de acciones parceladas⁴⁴⁰, definidas en el artículo 3, que pretenden ofrecer herramientas a los Estados miembro para la consecución de este programa. De hecho, la voluntad de garantizar su aplicación es especialmente importante, y para ello se otorga el rol de garante a la Comisión⁴⁴¹.

Sin embargo, las Conclusiones del Consejo de 12 de junio de 1989 relativas al empleo de los *minusválidos* en la Comunidad⁴⁴², pusieron de relieve la existencia de dificultades para acceder, en condiciones de igualdad, a la formación

⁴³⁸ DO L 104 de 23/04/1988.

⁴³⁹ En este sentido, véase GARCÍA QUIÑONES, J.C., "El concepto jurídico laboral de discapacitado", *op. cit.*, pág. 42.

⁴⁴⁰ El artículo 3 de la decisión de 18 de abril de 1988 incluye un total de seis acciones, entre las que encontramos coordinar y realizar un determinado número de actividades destinadas a fomentar las innovaciones, a facilitar los intercambios de experiencias y a fomentar la difusión de las experiencias positivas; crear un sistema que utilice las nuevas tecnologías para la obtención, la actualización y el intercambio de información o garantizar una estrecha coordinación con los programas comunitarios en materia de nuevas tecnologías y sobre la igualdad de oportunidades para la mujer, entre otros.

⁴⁴¹ Véase artículo 5 de la decisión de 18 de abril de 1988.

⁴⁴² DO C 173 de 8/07/1989.

profesional y al empleo⁴⁴³, a pesar de los esfuerzos europeos y nacionales llevados a cabo durante los últimos años. En este sentido, el Consejo reconoce la importancia del desarrollo de programas, tanto a nivel nacional como europeo, destinados a favorecer la inserción de personas con discapacidad en el mercado de trabajo⁴⁴⁴, y en consecuencia, invita a los Estados miembro a mantener las políticas de actuación que favorezcan la integración profesional de este colectivo, mediante el fomento de la participación de los interlocutores sociales y los representantes de las personas con discapacidad y el desarrollo de acciones de diagnóstico de la realidad social del mencionado colectivo.

El siguiente programa de interés para la inclusión sociolaboral de este colectivo fue la iniciativa europea Horizon⁴⁴⁵, un programa de actuaciones de la Comisión que tenía como objetivo mejorar las condiciones de acceso al mercado de trabajo, a través de la formación profesional y de la adaptación de las infraestructuras a las necesidades específicas de las personas con discapacidad. El programa Horizon se integra como parte de una actuación europea más amplia, denominada Iniciativa comunitaria Empleo, que contenía un total de cuatro líneas de actuación: a) Empleo Now, destinada a fomentar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres; b) Empleo Youthstart, cuyo objetivo era el fomento del empleo de menores de 20 años; c) Empleo Integra, centrada en la atención a colectivos especialmente desfavorecidos y en riesgo de exclusión social, tales como personas mayores de 45 años, minorías étnicas, etc.; y, finalmente, d) Empleo Horizon, cuyo foco de atención principal es las personas con discapacidad.

El objetivo principal del programa Empleo Horizon fue *el fomento de la solidaridad social y la igualdad de oportunidades a través de la mejora de las posibilidades de acceso al mercado laboral*⁴⁴⁶. La filosofía de este programa se fundamenta en

⁴⁴³ Véase apartado 3 de las Conclusiones del Consejo de 12 de junio de 1989 relativas al empleo de los *minusválidos* en la Comunidad, que apela como indicador de este fenómeno a la tasa de paro, significativamente más elevada que la del resto de la población.

⁴⁴⁴ Véase apartado 5 de las Conclusiones del Consejo de 12 de junio de 1989.

⁴⁴⁵ DO C 180 de 1/07/1994. El texto completo puede consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Ac10218>

⁴⁴⁶ Vid. LACLETA MICHELENA, J.M., "Los proyectos Horizon", *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, vol. 65, 1998, pág. 190. La versión electrónica de este documento puede consultarse en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1147957.pdf>

cinco principios claves: a) promover la participación local; b) innovación; c) transnacionalidad; d) el efecto multiplicador o ejemplar sobre las políticas generales; y, finalmente, e) el carácter complementario. Las medidas instrumentadas en el marco de esta iniciativa se integran dentro de alguno de los cinco ámbitos de actuación previstos, a saber, sistemas de formación, ofertas de planes de formación, creación de puestos de trabajo y divulgación de información. Todas ellas parten de un mismo patrón de funcionamiento, basado en la detección de necesidades mediante un diagnóstico previo en el que se detectan las carencias y necesidades, que pretende ofrecer un conjunto de acciones articuladas como itinerario⁴⁴⁷, y unas medidas de acción complementarias⁴⁴⁸.

El 16 de septiembre de 1992, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución sobre los derechos de los *deficientes mentales*⁴⁴⁹. Esta norma presta especial atención a las personas con discapacidad mental, y a pesar de la denominación utilizada para referirse a este colectivo⁴⁵⁰, se aprecia la voluntad de continuar avanzando hacia una integración plena multinivel. La estructura de la resolución, que plasma medidas categorizadas en cuatro ámbitos de actuación⁴⁵¹, es una clara muestra de la voluntad institucional de inclusión en todos los ámbitos, a fin y efecto de fomentar una participación plena y efectiva en la sociedad. En el ámbito del empleo, destacan por ejemplo la asunción de medidas a fin de prever puestos de trabajo adecuados para las necesidades de este colectivo, la exigencia de una cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad, la igualdad de derechos entre trabajadores sin discapacidad y este colectivo o la previsión de disposiciones que aseguren un salario y/o una pensión mínima suficientes para subsistir. No obstante, su previsión se efectúa con un lenguaje que invita a los

⁴⁴⁷ Vid. *Ibid.*, págs. 198 y 199. Entre las acciones de empleo que señala el autor encontramos la orientación y el asesoramiento hacia el empleo; la utilización de programas de empleo con apoyo; la realización de prácticas en empresas incardinadas en el mercado de trabajo ordinario o el establecimiento de redes locales de iniciativas de empleo para personas con discapacidad, entre otras.

⁴⁴⁸ Vid. *Ibid.*, pág. 199, que identifica como tales la creación de empresas de Trabajo Temporal y agencias de empleo; acciones dirigidas a la sensibilización de empresarios, sindicatos, organizaciones no gubernamentales; la implicación de interlocutores públicos y privados en la coordinación de los servicios de fomento del empleo de las personas con discapacidad o la aplicación de las nuevas tecnologías para la adaptación del puesto de trabajo, entre otras.

⁴⁴⁹ DO C 284, de 02/11/1992.

⁴⁵⁰ En este sentido, véase BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 253, que señala la incorrección del uso de la expresión “*deficientes mentales*”, especialmente tras el transcurso de 12 años desde la publicación de la CIDDMM.

⁴⁵¹ Concretamente, la norma contiene medidas clasificadas en los siguientes campos: a) Derechos civiles; b) Formación y educación; c) Trabajo y Seguridad Social; d) Asistencia y vivienda.

Estados miembro a realizar actuaciones, detectándose una falta de coercitividad que perjudica la implantación y eficacia del contenido de esta resolución.

La siguiente disposición que debe destacarse es la aprobación del programa Helios II, mediante la Decisión del Consejo, de 25 de febrero de 1993, por la que se aprueba el tercer programa de acción comunitaria para las personas *minusválidas*⁴⁵² (HELIOS II 1993-1996). El conjunto de medidas incluido en esta nueva edición del programa europeo para el fomento de la igualdad de oportunidades y la integración de las personas con discapacidad es tributario de los dos programas anteriores. El legislador muestra una clara voluntad de avanzar en la efectividad de las actuaciones, y para ello, además de las clásicas medidas generales ya previstas en las resoluciones anteriores⁴⁵³, contempla la creación del Foro Europeo de la Discapacidad⁴⁵⁴. La creación de este organismo tiene como objetivo principal ser un órgano de consulta en aquellas cuestiones que se susciten en relación con el programa Helios II, a fin de ofrecer a la Comisión un punto de vista especializado. De esta manera, el legislador europeo constituyó una organización consultiva que representa al mencionado colectivo y les otorga voz en el dialogo con la UE, materializando así una participación plena y efectiva en el diseño y discusión de medidas para lograr la igualdad de oportunidades. De hecho, esta organización se ha convertido en una de las más importantes en la actualidad, gracias a sus constantes aportaciones en materia de no discriminación por razón de discapacidad, y especialmente, por la propuesta de modificaciones de normas en sede europea e internacional ⁴⁵⁵.

⁴⁵² DO L 56 de 09/03/1993.

⁴⁵³ El artículo 4 se encarga de definir las medidas destinadas a fomentar los objetivos de la decisión, hallándose entre ellas el fomento de la participación de personas con discapacidad en el marco de los programas europeos existentes, el intercambio de información entre los Estados miembro en materia de educación; o responder a las necesidades informativas de este colectivo, entre otras.

⁴⁵⁴ Véase artículo 9 de la Decisión de 25 de febrero de 1993.

⁴⁵⁵ Una de sus últimas publicaciones, titulada "Observations on the proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation", consiste en un informe alternativo en el que se analiza la implantación de la CIDPD, que pone de relieve las limitaciones que presenta la Directiva 2000/78, particularmente en materia de ajustes razonables, o la no consideración de la accesibilidad como criterio en los programas de formación para jóvenes, entre otros. Como soluciones a estos problemas, esta entidad sugiere incrementar el diálogo social con las organizaciones no gubernamentales y la negociación colectiva en la implementación de la citada Directiva y controlar las tasas de empleo de este colectivo en los distintos Estados miembros, a fin de elaborar recomendaciones ajustadas a la situación de las personas con discapacidad en cada país.

Como punto de inflexión, el 14 de diciembre de 1995 se aprobó la Resolución de del Parlamento Europeo sobre los derechos humanos de los *minusválidos*⁴⁵⁶. Este texto normativo reconoció, por primera vez, la existencia de violaciones de derechos humanos hacia personas con discapacidad⁴⁵⁷, ya no sólo de forma genérica, sino en el ámbito específico de la UE⁴⁵⁸. En consecuencia, la pretensión de esta resolución es ofrecer una respuesta institucional coordinada a esta problemática, mediante la introducción de una cláusula antidiscriminatoria en la siguiente revisión de los Tratados en la Conferencia Intergubernamental⁴⁵⁹, y la adopción de medidas para incrementar las oportunidades de empleo de este colectivo⁴⁶⁰. Así, esta resolución materializa la importancia creciente respecto a la existencia de situaciones de discriminación por razón de discapacidad en la UE y la asunción de una verdadera igualdad de oportunidades, instando para ello un cambio de enfoque en las políticas europeas, centrado en la capacidad de este colectivo⁴⁶¹.

A partir del año 1996, se aprecia una intervención institucional mucho más intensa, conceptualmente muy cercana a las pretensiones del modelo social, que pretende implementar un paradigma basado en la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad⁴⁶². En este sentido, la Comunicación de la

⁴⁵⁶ DO C 17 de 22/01/1996.

⁴⁵⁷ Véase apartado A de la Resolución, de 14 de diciembre de 1995, sobre los derechos humanos de los *minusválidos*, que señala: “Acogiendo con satisfacción la presentación del informe sobre la no discriminación con ocasión del Día Europeo de las Personas Minusválidas de 1995 y tomando nota, con pesar, de la conclusión de que las personas minusválidas tienen en los Tratados europeos el estatuto de «ciudadanos invisibles» y de que en toda la Unión Europea, en todos los ámbitos de la vida diaria, se producen violaciones de los derechos humanos contra las personas minusválidas como experiencia de discriminación por razón de la minusvalía.”

La versión electrónica de este documento puede consultarse en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1996_017_R_0129_01&from=ES

⁴⁵⁸ Véase apartado B y D de la Resolución, de 14 de diciembre de 1995, sobre los derechos humanos de los *minusválidos*, que constatan que: “Considerando que el citado informe señala que las prácticas de contratación de las instituciones de la UE son discriminatorias con respecto a los *minusválidos*.” y “Considerando que incluso la nueva legislación de la Unión es discriminatoria con respecto a los *minusválidos*, por ejemplo, al no tener en cuenta sus necesidades específicas a la hora de armonizar los derechos sociales”.

⁴⁵⁹ Véase apartado 1 de la Resolución, de 14 de diciembre de 1995, sobre los derechos humanos de los *minusválidos*. La materialización de este punto se llevó a cabo en el Tratado de Ámsterdam. Para un examen en profundidad, véase el apartado 3.2.2 de este estudio.

⁴⁶⁰ Véase apartado 5 de la Resolución, de 14 de diciembre de 1995, sobre los derechos humanos de los *minusválidos*.

⁴⁶¹ Véase apartado 5 de la Resolución, de 14 de diciembre de 1995, sobre los derechos humanos de los *minusválidos*, que constata: “Pide a la Comisión y a los Estados miembros que tomen medidas activas para incrementar las oportunidades de empleo de los *minusválidos*, centrándose en sus capacidades en lugar de en sus discapacidades”.

⁴⁶² Véase BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 257, que cita como autores de referencia que defienden esta tesis a AST, F., “Les droits sociaux fondamentaux

Comisión, de 30 de julio de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía⁴⁶³, es una clara muestra de este cambio de tendencia a nivel europeo. Esta resolución se encarga de definir la estrategia de tratamiento de la discapacidad en distintas áreas, entre las que se encuentra el empleo⁴⁶⁴, a fin y efecto de abandonar el enfoque asistencial asumido hasta la fecha y adoptar un planteamiento basado en los derechos humanos⁴⁶⁵. Como se ha señalado por la doctrina⁴⁶⁶, nos encontramos ante “[...] *la introducción de la discapacidad como factor de consideración en programas, proyectos y políticas del orden socioeconómico*” [...]. Para ello, esta comunicación pretende *reorientar las políticas de los Estados miembros y de la Comunidad hacia un planteamiento basado en el reconocimiento del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad*⁴⁶⁷, y parte de tres premisas: la promoción de la igualdad de oportunidades, la eliminación de la discriminación en este ámbito y el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad⁴⁶⁸. Estas líneas maestras deben ser asumidas principalmente por los Estados miembros, atendiendo a la realidad cultural y social propia de cada país, y, en consecuencia, el papel de la UE se limita a desempeñar un rol de apoyo complementario⁴⁶⁹.

La tendencia iniciada por la Comunicación de la Comisión, de 30 de julio de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía, se vio aceptada formalmente por los Estados miembro en la Resolución del Consejo y

des personnes handicapées dans l'Union européenne”, en *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruselas, 2004, pág. 83 y PRIESTLEY, M., “In Search of European Disability Policy: Between National and Global”, *Revue Européen de Recherche sur le Handicap*, vol. 1, 2007, pág. 72. En esta misma dirección, véase GARCÍA QUIÑONES, J.C., “El concepto jurídico laboral de discapacitado”, *op. cit.*, pág. 43.

⁴⁶³ Ref. COM (96) 406 final.

⁴⁶⁴ La comunicación de 30 de julio de 1996 contiene iniciativas que se integran en el marco de una estrategia de acciones concretas que abarca, además del empleo, la integración, la cooperación, los fondos estructurales, las tecnologías de la información y de la comunicación y la promoción de la actuación de las Organizaciones no Gubernamentales, tal y como puede observarse en la pág. 5.

⁴⁶⁵ Vid. GARRIDO PÉREZ, E., “El Tratamiento comunitario de la discapacidad”, *op. cit.*, pág. 173 que indica como clara muestra de esta transición entre modelos la sustitución del término “*minusvalía*” por la expresión “discapacidad”, así como la orientación hacia la prevención y eliminación de obstáculos que impidan la igualdad de este colectivo.

⁴⁶⁶ Vid. *Ibid.*, pág. 177.

⁴⁶⁷ Véase apartado 7 de la Comunicación de la Comisión, de 30 de julio de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía.

⁴⁶⁸ Véase apartado 24 de la Comunicación de la Comisión, de 30 de julio de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía

⁴⁶⁹ Concretamente, el apartado 26 Comunicación de la Comisión, de 30 de julio de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía utiliza la expresión “valor añadido” para definir el papel de la UE.

de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías⁴⁷⁰. Esta comunicación materializa la asunción del compromiso del planteamiento de tratamiento de la discapacidad de la Comisión, plasmado en la Resolución de 30 de julio de 1996, por parte del Consejo y de los representantes de los Estados miembro. La importancia de esta resolución es más simbólica que material, pues su contenido se centra en plasmar compromisos⁴⁷¹, e instar la actuación institucional⁴⁷², y de los Estados miembro⁴⁷³. Y en este sentido, su incidencia fue sumamente limitada, básicamente por su escaso contenido práctico, pero aún así, su importancia es innegable gracias a la voluntad de estandarizar, a nivel europeo, el paradigma social de tratamiento de la discapacidad.

Las actuaciones institucionales no vinculantes continuaron en la misma línea, y como resultado de la directriz número nueve⁴⁷⁴, contenida en la resolución del Consejo, de 22 de febrero de 1999, sobre las Directrices para el empleo en 1999⁴⁷⁵, se aprobó la Resolución del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías⁴⁷⁶. A diferencia de otros instrumentos no vinculantes analizados hasta el momento, esta resolución se refiere única y exclusivamente al ámbito del empleo, y pretende

⁴⁷⁰ DO C 13/01/1997. Esta resolución puede consultarse electrónicamente en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1997:012:FULL&from=ES>

⁴⁷¹ El apartado I contiene un total de cuatro compromisos en relación con los Principios y valores que preconizan las normas estándar de las Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, las ideas que inspiran la Resolución del Consejo de Europa de abril de 1992 sobre una política coherente de integración de las personas con discapacidad, el principio de igualdad de oportunidades en el desarrollo de políticas globales en materia de discapacidad y, finalmente, el principio de evitar o eliminar cualquier forma de discriminación negativa exclusivamente por causa de discapacidad.

⁴⁷² El segundo apartado de la citada resolución prevé dos llamamientos dirigidos a los Estados miembro, consistentes en analizar sus propias políticas a fin y efecto de implementar modificaciones que tengan en cuenta la capacidad de las personas con discapacidad, que permitan la participación de este colectivo o que fomenten la receptividad de la opinión pública hacia las capacidades del mencionado colectivo, así como fomentar la participación de los representantes de las personas con discapacidad en la ejecución y seguimiento de las políticas y acciones europeas sobre esta temática.

⁴⁷³ Los dos últimos apartados persiguen el fomento de acciones de apoyo por parte de la Comisión y otras instituciones europeas, y entre ellas podemos observar la consideración de los principios de la citada resolución en el momento en el que se presenten propuestas legislativas, programas o iniciativas europeas, el intercambio de información y experiencia de forma interinstitucional o valoración de los resultados del programa Helios II, entre otras medidas.

⁴⁷⁴ Esta directriz contiene el siguiente mandato: *"prestar especial atención a las necesidades de las personas minusválidas, las minorías étnicas y otros grupos y personas que puedan verse desfavorecidos, y elaborará medidas preventivas y activas que faciliten la integración de todos ellos en el mercado de trabajo."*

⁴⁷⁵ DO N° C 69, de 12/03/1999.

⁴⁷⁶ DO N° C 1186, de 02/07/1999.

reforzar la directriz número nueve⁴⁷⁷. En este sentido, se encarga de instar a los Estados miembros a fortalecer los planes nacionales de acción para el empleo, adoptando para ello las medidas preventivas y activas destinadas a fomentar de modo específico la integración de las personas con discapacidad en el sector privado⁴⁷⁸, utilizar las posibilidades de los fondos estructurales europeos⁴⁷⁹, y prestar especial atención a las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información aplicadas al empleo⁴⁸⁰. Además, el consejo hace una especial mención a lograr una integración plena y efectiva a nivel institucional, mediante la invitación a las personas con discapacidad a compartir su experiencia con los agentes que intervienen en el mercado laboral y apelando al fomento de la igualdad de oportunidades laboral en el marco de las distintas instituciones europeas⁴⁸¹. Sin embargo, el apartado 7 de esta resolución enfatiza la protección en una serie de ámbitos muy concretos de las relaciones laborales, tales como la contratación y el mantenimiento de los trabajadores en el empleo, la promoción y la formación laboral de este colectivo, la protección contra el despido improcedente o prestar el apoyo adecuado en el acceso al lugar de trabajo, entre otras medidas. Como podemos observar, el Consejo avanza en la dirección de lograr la igualdad de oportunidades real y efectiva, priorizando, dentro del empleo, unas áreas específicas. La jerarquía de prioridades se presenta como lógica si tenemos en cuenta la prevalencia que ostenta la inserción de este colectivo en el ámbito del empleo ordinario y su mantenimiento, pero se echa de menos una mayor concreción respecto a medidas de apoyo como por ejemplo la adaptación del puesto de trabajo. De hecho, el contenido de esta resolución es más cercano a una declaración de intenciones, y un claro ejemplo lo observamos en el apartado 5, que pretende fomentar la igualdad de oportunidades de este colectivo en el marco de las instituciones europeas, pero a su vez no contempla ningún tipo de medida en particular o, como mínimo, el mandato de emitir una nueva

⁴⁷⁷ Vid. GARRIDO PÉREZ, E., "El Tratamiento comunitario de la discapacidad", *op. cit.*, pág. 179.

⁴⁷⁸ Véase apartado 2.a de la Resolución del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías.

⁴⁷⁹ Véase apartado 2.b de la Resolución del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías.

⁴⁸⁰ Véase apartado 2.c de la Resolución del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías.

⁴⁸¹ Véase apartado 4 y 5 de la Resolución del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías.

resolución que valore el estado de esta cuestión. Así, nos encontramos ante una resolución con vocación integradora, pero con un impacto más bien reducido.

El siguiente documento es la Comunicación de la Comisión al Consejo, de 12 de mayo de 2000, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones⁴⁸², titulada “Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”. Esta resolución pretende revitalizar la estrategia en materia de tratamiento de personas con discapacidad, poniendo especial énfasis en convertir en realidad la participación plena y la igualdad de acceso de este colectivo⁴⁸³. El enfoque adoptado no se centra exclusivamente en ofrecer medidas específicas, sino que dicho documento aspira a generar un impacto político con el objetivo de lograr la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Para ello, la comunicación se estructura en tres partes, tituladas “hacia un mayor valor añadido comunitario”, “instrumentos políticos para lograr un mayor valor añadido comunitario” y “sensibilización, refuerzo de la cooperación e impulso renovado”. Debe señalarse que los distintos apartados de la resolución comparten una visión no parcelada del tratamiento de la discapacidad, y ello se traduce en distintas líneas de actuación, como por ejemplo el fomento de la movilidad como componente de la ciudadanía, la promoción de la accesibilidad de forma coordinada entre diversos ámbitos políticos, la accesibilidad tecnológica, la protección de los derechos e intereses de los consumidores con discapacidad, la mejora de herramientas para la recopilación de información estadística, la consulta a personas con discapacidad con el objetivo de detectar las políticas y prácticas que les dificultan o impiden acceder a servicios e instalaciones y para articular posibles soluciones o reforzar la coordinación entre los servicios de la Comisión. Las menciones al empleo son, desafortunadamente, muy escasas, y prácticamente centradas exclusivamente en el servicio público europeo. Así, el apartado 4.3.a de la ya citada resolución insta a seguir aplicando el Código de buenas prácticas sobre el empleo de las personas con discapacidad de 1998, y a su vez, a apoyar la participación de este colectivo en los servicios de la Comisión

⁴⁸² COM/2000/0284 final.

⁴⁸³ Véase apartado 2.3 de la Comunicación de la Comisión al Consejo, de 12 de mayo de 2000, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, “Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”.

mediante la adopción de las medidas necesarias para facilitar su acceso al trabajo⁴⁸⁴.

Las actuaciones no vinculantes del Consejo continuaron la misma tendencia señalada hasta ahora, esto es, invitar a los Estados miembro y a la Comisión a proseguir en sus esfuerzos por lograr una efectiva igualdad de oportunidades y desarrollar nuevos mecanismos que aseguren la participación de este colectivo de forma armonizada. En concreto, los instrumentos no vinculantes que evidencian esta continuidad son la Resolución del Consejo, de 15 de julio de 2003, sobre el fomento del empleo y la inclusión social de las personas con discapacidad⁴⁸⁵; la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 24 de enero de 2003 titulada “Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad⁴⁸⁶”; y la Comunicación de la Comisión, de 30 de octubre de 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo⁴⁸⁷. Todos ellos comparten una clara vocación de incrementar la participación de este colectivo, aunque sus efectos han sido muy escasos dada la falta de medidas concretas que contienen este tipo de instrumentos no vinculantes.

La siguiente resolución de interés se sitúa temporalmente en el año 2007. Una vez ratificada la CIDPD por los distintos Estados miembros, las instituciones europeas iniciaron la transición formal al modelo social europeo, que es precisamente el paradigma de tratamiento clave que predica este instrumento internacional⁴⁸⁸. La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Situación de las personas con discapacidad en la UE: el plan de acción europeo

⁴⁸⁴ Entre las medidas propuestas en el apartado 4.3.a figuran: la organización de oposiciones, promoción profesional, asistencia administrativa y puesta a disposición de oficinas y edificios equipados de manera apropiada o el fomento de actividades de formación en materia de sensibilización, entre otras.

⁴⁸⁵ DO N° C 175, de 24/07/2003.

⁴⁸⁶ COM(2003) 16 final. DO C 133, de 06/06/2003.

⁴⁸⁷ COM (2003) 650 final.

⁴⁸⁸ Un análisis en profundidad de la CIDPD puede hallarse en el apartado 2.3.3 de este estudio.

2008-2009⁴⁸⁹, aprobada el 26 de noviembre de 2007, pretende continuar con la pretensión de hacer más real la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad⁴⁹⁰. Para ello, esta resolución pretende proporcionar los medios para materializar una integración multinivel del tratamiento de la discapacidad, de tal forma que se produzca una integración de los temas relacionados con la discapacidad en todas las políticas relevantes de la UE. Estructuralmente, esta comunicación sitúa a la accesibilidad como eje central y prioridad absoluta a nivel europeo⁴⁹¹, y, en consecuencia, las líneas de actuación indicadas se plasman en dos sentidos: la participación incluyente a través de la accesibilidad⁴⁹², y garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales⁴⁹³. Así pues, nos encontramos ante una comunicación que constata el creciente compromiso europeo por garantizar una efectiva igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, apelando para ello a la cooperación entre la Comisión y los Estados miembros, dialogo en el que se insta a participar a las personas con discapacidad como símbolo de plena integración de este colectivo.

Avanzando en la misma línea, el 2 de julio de 2008 se dictó la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones⁴⁹⁴, titulada “No discriminación e igualdad de oportunidades: un compromiso renovado”. Esta comunicación materializa el compromiso institucional europeo por seguir avanzando en la inclusión efectiva de las personas con discapacidad en ámbitos ajenos a la esfera profesional, ámbito que se halla protegida por la Directiva 2000/78⁴⁹⁵. En este sentido, esta

⁴⁸⁹ COM/2007/0738 final.

⁴⁹⁰ *Vid.* apartado 1 de la Comunicación de 26 de noviembre de 2007, de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Situación de las personas con discapacidad en la UE: el plan de acción europeo 2008-2009”.

⁴⁹¹ *Vid.* apartado 4 de la Comunicación de 26 de noviembre de 2007, de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Situación de las personas con discapacidad en la UE: el plan de acción europeo 2008-2009”.

⁴⁹² Las medidas que se incardinan en este grupo son básicamente el fomento de la accesibilidad del mercado laboral y la estimulación de la accesibilidad de bienes, servicios e infraestructuras, tal y como se señala en el apartado 4.1 de la Comunicación de 26 de noviembre de 2007, de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Situación de las personas con discapacidad en la UE: el plan de acción europeo 2008-2009”.

⁴⁹³ Dentro de esta categoría hallamos facilitar la aplicación de la CIDPD y complementar el marco legislativo europeo de protección contra la discriminación, *ex* apartado 4.2 de la Comunicación de 26 de noviembre de 2007, de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Situación de las personas con discapacidad en la UE: el plan de acción europeo 2008-2009”.

⁴⁹⁴ COM(2008) 420 final.

⁴⁹⁵ Para un análisis en profundidad sobre la Directiva 2000/78, véase el apartado 3.3.2 de este estudio.

Comunicación se acompaña de una propuesta de Directiva que prohíbe la discriminación por razón de discapacidad, entre otras causas, en el suministro de bienes y servicio, en aras de *completar el marco jurídico de la acción europea contra toda forma de discriminación*⁴⁹⁶. La pretensión de este documento no es otra que reforzar la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad, expandiendo el marco jurídico hacia ámbitos en los que la protección a nivel europeo es prácticamente inexistente. De esta manera, se pretende ofrecer una respuesta específica y adaptada a distintos colectivos, calificándose por la doctrina como una oportunidad para avanzar en el reconocimiento de los derechos de este colectivo en todos los ámbitos⁴⁹⁷.

Uno de los aspectos más interesantes que la Comisión refleja en esta resolución es la necesidad de enfocar la igualdad de oportunidades hacia nuevos horizontes, pues *el simple hecho de prohibir la discriminación no basta para garantizar una verdadera igualdad de las personas con discapacidad*⁴⁹⁸. Y para ello, el esquema a seguir es muy similar al asumido en Directivas anteriores, conteniendo la definición de discriminación directa, indirecta, acoso e instrucciones de discriminar o la provisión de vías de reparación adecuadas por parte de los Estados miembro. En este sentido, esta propuesta de Directiva pretende estandarizar la protección que instrumentó la Directiva 2000/78, mediante la expansión a otros ámbitos tales como la protección social, los beneficios sociales, la educación y el acceso y suministro de bienes⁴⁹⁹. El ámbito material de la propuesta de Directiva (artículo 3), relativo al ámbito de aplicación material de la Directiva, ha sido especialmente criticado por la doctrina europea. Este precepto ha pretendido introducir aquellos ámbitos que existían en la Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas, independientemente de su origen racial o étnico, y que no llegaron a introducirse

⁴⁹⁶ Véase pág. 2 de la Comunicación de 2 de julio de 2008, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada "No discriminación e igualdad de oportunidades: un compromiso renovado"

⁴⁹⁷ Vid. DE LORENZO GARCÍA, R., "Los contornos del Derecho de la Discapacidad", *op. cit.*, pág. 91 *in fine*.

⁴⁹⁸ Véase pág. 7 de la Comunicación de 2 de julio de 2008, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada "No discriminación e igualdad de oportunidades: un compromiso renovado".

⁴⁹⁹ Véase artículo 3 de Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (pág. 9).

en la Directiva 2000/78⁵⁰⁰. Sin embargo, el mencionado artículo contiene distintas excepciones que reducen enormemente su ámbito material de aplicación⁵⁰¹, todo ello sin perjuicio de la problemática derivada entre las competencias de los Estados miembro y la UE en relación con los campos constatados en la propuesta de Directiva⁵⁰².

Las críticas al texto de la propuesta de Directiva de 2 de julio de 2008 también se han efectuado por parte de las organizaciones europeas del sector de la discapacidad. En este sentido, la organización *European Disability Forum* elaboró el documento “*Observations on the proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation*”⁵⁰³, en el que pone de manifiesto algunos de los problemas más importantes que presenta la mencionada propuesta.

La primera crítica que pone de manifiesto el citado documento se refiere a la diferencia de trato que la propuesta de Directiva permite en el acceso a servicios

⁵⁰⁰ Vid. FAVALLI, S.; FERRI, D., “Defining Disability in the European Union Non-discrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Restraints”, *op. cit.*, pág. 564, que señala que “*In other words, the proposal, which is built upon the legal basis of Article 19 TFEU, supports to implement the principle of equal treatment even in sectors other than employment, supplementing the existing legal framework.*”

Concretamente, los ámbitos incluidos en la Directiva 2000/43 que no se constataron en la Directiva 2000/78 son los relativos al artículo 3.e, 3.f, 3.g y 3.h, esto es, la protección social, incluida la Seguridad Social y la asistencia sanitaria; las ventajas sociales; la educación; y finalmente el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda.

⁵⁰¹ Vid. BELL, M., “Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission’s 2008 Proposal for a New Directive”, *Equal Rights Review*, vol. 3, 2009, pág. 11; HOWARD, E., “EU Equality Law: Three Recent Developments”, *European Law Journal*, vol. 17, 2011, pág. 785 y WADDINGTON, L., “Future prospects for EU equality law: lessons to be learnt from the proposed Equal Treatment Directive”, *European Law Review*, vol. 36, 2, 2011, págs. 4 y 5 (versión electrónica).

⁵⁰² Vid. WADDINGTON, L., “Future prospects for EU equality law: lessons to be learnt from the proposed Equal Treatment Directive”, *op. cit.*, pág. 4 (versión electrónica), que señala “[...] *many Member States are now querying the scope of the Union’s power to legislate on topics such as education, health and social protection, and are seeking to clearly delimit the material scope of any new equality directive in these sensitive areas. As suggested above, one particularly sensitive issue concerns the extent to which any directive could impact on the competence of Member States to organise their education system, and especially to provide special or segregated education for children with disabilities and faithbased education.*”

De hecho, el informe de situación de la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, de 22 de noviembre de 2016 pone de manifiesto esta cuestión en su pág. 2. Este documento puede consultarse en:

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_14284_2016_INIT&from=ES

⁵⁰³ La versión completa del citado documento puede consultarse en: http://cms.horus.be/files/99909/MediaArchive/EDF%20observations%20on%20Article%2013%20Directive_07%20August%202008.doc

financieros, en función de la existencia de discapacidad⁵⁰⁴. Concretamente, se habilita a los Estados miembros para que permitan a las entidades financieras o aseguradores que tomen como factores relevantes para la determinación del riesgo de una operación la edad o la discapacidad, basándose en datos o información actuarial. Esta cuestión afecta especialmente a la concesión de préstamos y a la formalización de pólizas de seguros, ámbitos en los que se valora la esperanza de vida, y pueden afectar negativamente a la inserción de este colectivo. Esta entidad se muestra especialmente crítica con este planteamiento, pues puede generar un tratamiento arbitrario en el acceso a productos financieros, y propone como solución un sistema de control que elimine estas diferencias.

En segundo lugar, también se ha criticado la introducción de la consideración de la carga excesiva en las medidas necesarias para un acceso efectivo y no discriminatorio, plasmadas como novedad en el texto del artículo 4 de la propuesta de Directiva⁵⁰⁵. En particular, estos nuevos mecanismos pretenden instituirse como una obligación previa que garantice el acceso efectivo a la protección social, beneficios sociales, asistencia sanitaria, educación y el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda a disposición de la población. Se trata, en consecuencia, de la traslación de una obligación con idéntico propósito a la de realizar ajustes razonables, pero en ámbitos en los que la adaptación no sería posible efectuarla. Así pues, *European Disability Forum* se opone frontalmente al texto del citado artículo 4, que introduce la posibilidad de eximir su cumplimiento en aquellos casos en los que exista una carga excesiva o se requieran cambios de gran envergadura en el producto o servicio.

Llegados a este punto, conviene destacar que, si bien la propuesta de Directiva de 2 de julio de 2008 presenta algunos puntos críticos, también es cierto que contiene algunas novedades que pretenden modernizar la protección de las personas con discapacidad a nivel europeo. Esta pretensión es tributaria de la

⁵⁰⁴ Véase EUROPEAN DISABILITY FORUM, "Observations on the Proposal for a Council Directive on Implementing the Principle of Equal Treatment between Persons Irrespective of Religion or Belief, Disability, Age or Sexual Orientation", 2008, pág. 3.

⁵⁰⁵ Véase *Ibid.*, pág. 5.

CIDPD, tal y como señala WADDINGTON⁵⁰⁶, básicamente en tres aspectos: definición del concepto de persona con discapacidad, los ajustes razonables y la accesibilidad.

Respecto al concepto de persona con discapacidad, la propuesta de Directiva no contiene en su articulado definición alguna del concepto de persona con discapacidad, básicamente por una falta de consenso entre los Estados miembro. Ahora bien, los esfuerzos por incluir una definición armonizada han sido una realidad, y se han traducido en una enmienda a la redacción actual de la propuesta de Directiva, mediante la cual se añade un considerando que incluye la definición de persona con discapacidad constatada en el artículo 1 de la CIDPD⁵⁰⁷. El problema es que se trata de una incorporación en el preámbulo de la norma, como considerando, y, en consecuencia, de nulo valor normativo. Esta modificación puede ser relevante como pauta o criterio interpretativo para el TJUE⁵⁰⁸, pero dista mucho de poderse considerar una innovación normativa, que dicho sea de paso es absolutamente necesario a fin y efecto de lograr una verdadera armonización de la protección de este colectivo.

En cuanto a los ajustes razonables, la propuesta de Directiva identifica en su artículo 2.5 la no realización o incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables como forma de discriminación y una redacción más depurada de la obligación⁵⁰⁹, basada claramente en el artículo 2.f de la CIDPD⁵¹⁰. El legislador europeo pretende, con este precepto, expandir la obligación de realizar ajustes razonables hacia nuevos ámbitos, pero su configuración es muy similar a la del artículo 5 de la Directiva 2000/78. El único punto que debe destacarse como novedad es el momento temporal en el que se exigen los ajustes razonables en el marco de la citada propuesta de Directiva. El artículo 4.1.a de la citada propuesta

⁵⁰⁶ Vid. WADDINGTON, L., "Future prospects for EU equality law: lessons to be learnt from the proposed Equal Treatment Directive", *op. cit.*, pág. 7 (versión electrónica), que sustenta esta observación en base al documento *Commission Staff Working Document accompanying the proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment*, July 2, 2008, SEC(2008) 426 final, que acompaña a la mencionada propuesta de Directiva.

⁵⁰⁷ Véase Considerando 19.a de la versión de 7 de julio de 2010 (Ref. 10511/2/10 Rev 2).

⁵⁰⁸ En este sentido, véase FAVALLI, S.; FERRI, D., "Defining Disability in the European Union Non-discrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Restraints", *op. cit.*, pág. 565.

⁵⁰⁹ El artículo 4.1 de la propuesta de Directiva se refiere a "[...] medidas necesarias para un acceso no discriminatorio efectivo de las personas con discapacidad [...]".

⁵¹⁰ Así lo señala WADDINGTON, L., "Future prospects for EU equality law: lessons to be learnt from the proposed Equal Treatment Directive", *op. cit.*, pág. 10.

menciona la exigencia de las medidas por adelantado, a fin de garantizar un acceso no discriminatorio de este colectivo. Como puede observarse, esta propuesta de Directiva cambia el enfoque y asume la realización de la obligación *ex ante*, a diferencia del enfoque *ex post* que se desprende del artículo 5 de la Directiva 2000/78. Esta aproximación es, en mi opinión, mucho más cercana al eje central de la CIDPD, a saber, la accesibilidad, y así pretende plasmarlo el legislador europeo en esta propuesta de Directiva.

El último de los aspectos es uno de los que presenta mayores carencias. La apuesta del legislador europeo por la accesibilidad está presente en la propuesta de Directiva, pero no se dedica ningún artículo relativo al control y monitorización del cumplimiento de la accesibilidad por parte de los Estados miembros. En este sentido, se echa en falta la previsión de organismos de promoción de la igualdad de trato, tal y como señala el profesor BELL⁵¹¹, sobre todo porque fue una de las características que permitió una mayor efectividad a la Directiva 2000/43.

Así pues, nos encontramos ante una propuesta de Directiva, no aprobada actualmente debido a una tortuosa evolución⁵¹², que avanza, con sus luces y sombras, en la línea de instrumentar una protección multinivel basada en la accesibilidad, tal y como propuso la CIDPD. No obstante, el balance general de la actual redacción de la propuesta es negativo, pues se observa que la UE ha perdido una magnífica oportunidad para modernizar el marco de tratamiento de la discapacidad y la igualdad de oportunidades⁵¹³.

Paralelamente, debe prestarse una especial consideración a la Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 15 de noviembre de 2010⁵¹⁴, titulada “Estrategia

⁵¹¹ Vid. BELL, M., “Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission’s 2008 Proposal for a New Directive”, *op. cit.*, pág. 10 *in fine*.

⁵¹² Esta propuesta de Directiva se halla prácticamente bloqueada, debido a que no se ha alcanzado aún la unanimidad exigida por el artículo 19 TFUE. El estado actual de tramitación de la propuesta puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/HIS/?uri=CELEX%3A52008PC0426>.

⁵¹³ En este sentido, véase BELL, M., “Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission’s 2008 Proposal for a New Directive”, *op. cit.*, pág.16 *in fine*, que sostiene, con gran acierto, “*It is, though, a missed opportunity for modernisation. There is an increasing disjunction between, on the one hand, the array of EU policy initiatives seeking to advance equality via positive action, mainstreaming and data collection, and, on the other hand, the actual content of EU legislation which remains wedded to a traditional complaints-based anti-discrimination model.*”

⁵¹⁴ COM/2010/0636 final.

Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras”. Con este documento, la UE pretende plasmar un enfoque multinivel en materia de tratamiento de la discapacidad que parte, como prioridad absoluta, de la eliminación de las barreras, y define un total de ocho ámbitos de actuación: accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior. Para ello, la Comunicación apela a un compromiso por parte de las instituciones de la UE y los Estados miembro, y menciona una serie de instrumentos generales para sustentar las medidas en las áreas definidas anteriormente. Así, la sensibilización, el apoyo financiero, la recopilación y seguimiento de datos, y el establecimiento de mecanismos de coordinación entre los países y las instituciones de la UE son las herramientas que la Estrategia Europea sobre Discapacidad ofrece para combatir la discriminación y lograr una efectiva igualdad de oportunidades. Como puede observarse, nos encontramos ante un planteamiento temáticamente amplio, tributario de la perspectiva plasmada en la CIDPD⁵¹⁵, que pretende reforzar la participación de las personas con discapacidad en los ámbitos de mayor importancia social.

Respecto al empleo, esta resolución pone especial énfasis en la integración de este colectivo en el mercado de trabajo abierto, con un doble objetivo: a) como medio para conseguir un pleno crecimiento económico y social, y b) para evitar que se perpetúe la dependencia a las prestaciones. Entre las propuestas concretas que se ofrecen en esta línea, podemos observar *prestar atención a los jóvenes con discapacidad en su transición de la educación al empleo y abordar la movilidad interna en el mercado laboral «abierto» y en talleres protegidos a través del intercambio de información y del aprendizaje mutuo*⁵¹⁶. Tal y como sucede en otras resoluciones, la actuación de la UE se reduce a apoyar y complementar las actuaciones nacionales, centrándose en este caso en el apoyo económico a través del Fondo Social Europeo (FSE), el desarrollo de políticas activas de empleo, la mejora de la accesibilidad de los puestos de trabajo o el desarrollo de

⁵¹⁵ En este sentido, QUINN, G.; FLYNN, E., “Transatlantic Borrowings”, *op. cit.*, pág. 27 y FAVALLI, S.; FERRI, D., “Defining Disability in the European Union Non-discrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Restraints”, *op. cit.*, págs. 552-553, sostienen que la Estrategia plasma el modelo social de tratamiento de la discapacidad y es claramente tributario del contenido de la CIDPD.

⁵¹⁶ Véase apartado 2.1.4 de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020.

servicios de colocación profesional, entre otros. Llama la atención la ausencia de referencias al control del cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables, cuestión esta capital para conseguir una accesibilidad real y universal de los puestos de trabajo. De hecho, este defecto pone de manifiesto el escaso valor práctico de la Estrategia Europea sobre Discapacidad, cuyo impacto no va más allá de una mera declaración programática.

A modo de cierre, conviene señalar que en los últimos años se aprecia una reducción de la importancia del tratamiento de la discapacidad en los instrumentos no vinculantes. Institucionalmente, existen menciones orientadas al logro de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, pero ninguna de ellas propone medidas concretas. De hecho, los distintos instrumentos no vinculantes aparecidos recientemente adoptan un enfoque integrador multinivel, superando así el empleo como núcleo esencial de la integración de las personas con discapacidad. Entre las resoluciones destacadas, hallamos el Informe de 8 de mayo de 2013, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulado “Ciudadanos de la UE: vuestros derechos, vuestro futuro”⁵¹⁷, que presta especial atención a la movilidad de este colectivo, y la Comunicación de 17 de enero de 2014, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada “Una vida digna para todos: de la visión a la acción colectiva”, que plasma un especial énfasis en el desarrollo social sostenible e inclusivo.

No obstante, debe destacarse la Comunicación de la Comisión de 8 de marzo de 2016 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones⁵¹⁸, titulada “Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales”. Esta resolución pretende iniciar el camino para el establecimiento de un pilar de derechos sociales europeo, con el objetivo de lograr una mayor unidad en los mercados de trabajo de los Estados miembro, de tal suerte que se consiga *superar la crisis con perspectivas de futuro y avanzar*

⁵¹⁷ COM/2013/0269 final.

⁵¹⁸ COM/2016/0127 final.

*hacia una UEM más profunda y más justa*⁵¹⁹. Los principios que sustentan el pilar europeo de derechos sociales son la igualdad de oportunidades y el acceso al mercado de trabajo, el establecimiento de condiciones laborales justas y la protección social adecuada y sostenible. Con ellos, se pretende avanzar en la reflexión sobre los derechos sociales existentes en la UE, y para lograrlo, el primer esbozo del pilar europeo de derechos sociales plasma tres capítulos⁵²⁰, que incluyen un total de 20 ámbitos de actuación. Entre ellos, destacan aspectos claves como contratos de trabajo flexibles y seguros, transiciones profesionales seguras, apoyo activo para el empleo, igualdad de género y equilibrio entre vida laboral y vida privada, condiciones de empleo, dialogo social y participación de los trabajadores o asistencia sanitaria y prestaciones por incapacidad temporal.

Como puede observarse, la igualdad de oportunidades y no discriminación es una prioridad que mantiene su vigencia para el legislador europeo, si bien de forma general, pues esta resolución no contempla medidas específicas para combatir las distintas causas de discriminación. Sin embargo, la discapacidad ostenta un espacio reservado en esta resolución, incardinado en el capítulo tercero “protección social adecuada y sostenible”. Se trata de un apartado escueto, que centra su atención en las denominadas “prestaciones por discapacidad”, lo que significa un retroceso en materia de inclusión e igualdad de oportunidades. En efecto, una de las preocupaciones europeas ha sido erradicar la cultura de la dependencia a las prestaciones para este colectivo⁵²¹, en aras de impulsar un modelo inclusivo de integración en el mercado ordinario de trabajo. Inexplicablemente, esta resolución asume una tendencia más cercana al modelo médico, según la cual las personas con discapacidad deberán tener garantizados servicios de capacitación y una renta básica que les permita llevar un nivel de vida digno. Sorprende, cuanto menos, que la UE no apueste por una integración laboral, manteniendo su apoyo a medidas criticadas en los últimos años.

⁵¹⁹ Véase apartado 2.1 *in fine* de la mencionada comunicación.

⁵²⁰ Cada capítulo lleva por título uno de los principios identificados anteriormente. Así, el primer capítulo se denomina “Igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo”, el segundo de ellos se titula “Condiciones de trabajo justas”, y, finalmente, el tercero se refiere a una protección social y adecuada.

⁵²¹ Véase el apartado 2.1.4 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité económico y social europea y al Comité de las Regiones de 15 de noviembre de 2010, titulada “Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras”.

3.5. Derecho subsidiario: La jurisprudencia del TJUE

Como ya habrá podido advertirse, el Derecho primario y el Derecho derivado no han resuelto cuestiones prácticas de suma importancia para garantizar una protección efectiva de las personas con discapacidad en el empleo. Aspectos básicos como el concepto de persona con discapacidad, la definición de los ajustes razonables o la interpretación de la expresión “carga desproporcionada” no han sido definidos de forma homogénea, y, en consecuencia, el papel que ha desempeñado la jurisprudencia del TJUE merece una especial consideración.

No obstante, la protección de la discapacidad, así como la interpretación de la obligación de realizar ajustes razonables, son cuestiones que han alcanzado una cierta importancia con el paso de los años. En un momento inicial, la atención prestada por el TJUE a este colectivo era prácticamente inexistente. Este efecto es una consecuencia directa de la escasez de normas a nivel europeo que ofrecían protección respecto a la discapacidad. Así, las primeras sentencias empezaron a aparecer tras la transposición de la Directiva 2000/78, que calificó por primera vez la discapacidad como circunstancia discriminatoria.

En consecuencia, este apartado se dedica a analizar cronológicamente los hitos jurisprudenciales del TJUE sobre aspectos claves relacionados con la protección que confiere la obligación de realizar ajustes razonables para el puesto de trabajo de personas con discapacidad.

Metodológicamente, es necesario poner de manifiesto que el presente apartado se centrará única y exclusivamente en el análisis de la jurisprudencia del TJUE. Antes de iniciar el análisis de sus sentencias más importantes, conviene advertir que no serán examinadas todas y cada una de ellas, sino aquellas que han afectado de forma más notable al concepto de persona con discapacidad y a la configuración de la obligación ajustes razonables. De esta forma, serán objeto de examen la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456; la STJUE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415; la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222; la STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12,

ECLI:EU:C:2014:159; la STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, ECLI:EU:C:2014:2463; la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917⁵²², y finalmente, la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17. Se omite, en consecuencia, el análisis de los principios generales del derecho y de la jurisprudencia del TEDH, básicamente por su escasa repercusión en esta materia, y el estudio de los instrumentos internacionales, atendiendo a que han sido analizados en el apartado correspondiente de este estudio⁵²³.

3.5.1. STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05

El primer pronunciamiento que analiza el concepto de discapacidad fue la STJUE Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456⁵²⁴. Las cuestiones prejudiciales que se plantean tienen como objetivo determinar el alcance y caracterización del concepto de persona con discapacidad constatado en la Directiva 2000/78. En particular, el punto central de esta resolución era dilucidar si pueden entenderse incluidos dentro del concepto de persona con discapacidad aquellos trabajadores que se encuentren en situación de enfermedad, garantizando así la protección que ofrece la Directiva 2000/78 a este colectivo no incluido explícitamente en el ámbito de protección material de la Directiva.

Los hechos que dan lugar a esta sentencia se basan en el despido de una trabajadora tras su declaración en situación de incapacidad temporal por enfermedad común. La decisión empresarial no se fundamenta en motivo alguno, reconociéndose al mismo tiempo el carácter improcedente del despido. Ante esta situación, la trabajadora solicita la nulidad del despido, sosteniendo que se trata de una decisión basada en la situación de incapacidad temporal, y teniendo en

⁵²² Por el contrario, se excluyen de su análisis: la STJUE de 6 de diciembre de 2012, Odar, C-152/11, ECLI:EU:C:2012:772; la STJUE de 4 de julio de 2013, Comisión/Italia, C-312/11, ECLI:EU:C:2013:446; la STJUE de 22 de mayo de 2014, Glatzel, C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350; la STJUE de 26 de marzo de 2015, Fenoll, C-316/13, ECLI:EU:C:2015:200; y, finalmente, la STJUE de 9 de marzo de 2017, Milkova, C-406/15, ECLI:EU:C:2017:198.

⁵²³ Véase el apartado 2.3.3 de este estudio.

⁵²⁴ Tal y como señala CABEZA PEREIRO, J., "La discriminación por discapacidad: el caso Chacón Navas", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, 2013, pág. 299, se trata de la primera vez en la que se presta atención a la discriminación por discapacidad, puesto que hasta el momento la doctrina judicial del TJUE se centró en torno a la discriminación por razón de edad, y en menor medida, a la discriminación por razón de orientación sexual.

cuenta la conexión que puede existir entre enfermedad y discapacidad⁵²⁵, el titular del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid plantea dos cuestiones prejudiciales que pretenden clarificar si los trabajadores enfermos pueden ser considerados personas con discapacidad, a los efectos de aplicación de la Directiva 2000/78.

Como puede observarse, esta decisión era una oportunidad excelente para ampliar el ámbito de aplicación material de la Directiva 2000/78. Sin embargo, el Tribunal consideró que la enfermedad no puede considerarse discapacidad a los efectos de la protección de la Directiva 2000/78, así como tampoco puede añadirse a aquellos otros motivos en relación con los que la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación. Esta tesis, que fue criticada duramente por la doctrina por alinearse con el paradigma de tratamiento médico⁵²⁶, se sustenta en que la discapacidad, no definida por la Directiva 2000/78⁵²⁷, debe ser conceptualizada como [...] *una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional*⁵²⁸, concepto éste debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme ante la falta de remisión expresa al Derecho de los Estados miembros⁵²⁹. En esta línea, la Sala sostiene que la utilización del concepto “discapacidad” y la no plasmación del concepto “enfermedad” por el legislador europeo excluyen su equiparación pura y simple⁵³⁰, y en aras de

⁵²⁵ Los apartados núm. 22 a 24 de la sentencia referida desarrollan esta tesis, sosteniendo que “[...] Para definir el término «discapacidad», procede acudir a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud («CIF») de la Organización Mundial de la Salud. De ella resulta, según el órgano jurisdiccional remitente, que la «discapacidad» es un término genérico que incluye las deficiencias y los factores que limitan la actividad y la participación en la vida social. La enfermedad, precisa, puede producir deficiencias que discapaciten al individuo. Teniendo en cuenta que frecuentemente la enfermedad puede dar lugar a una discapacidad irreversible, el órgano jurisdiccional remitente estima que los trabajadores deben estar protegidos en el momento oportuno en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad. Lo contrario podría, según él, vaciar de contenido la protección pretendida por el legislador y fomentar prácticas discriminatorias incontroladas.”

⁵²⁶ Vid. CABEZA PEREIRO, J., “La discriminación por discapacidad”, *op. cit.*, págs. 306 y 307, que sostiene que “[...] resulta preferible un modelo con tintes más sociales [...]”, ya que “[...] resulta bastante desafortunado descansar en un criterio absolutamente clínico, sin tener en consideración, entre otros y, sobre todo, factores sociales o del entorno en el que desarrolla su actividad laboral o social la persona afectada.”. En la misma línea, véase WADDINGTON, L., “Case C-13/05, Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA, Judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006”, *Common Market Law Review*, vol. 47, 2007, págs. 491 y ss.

⁵²⁷ Véase apartado núm. 39 de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456.

⁵²⁸ Véase apartado núm. 43 de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456.

⁵²⁹ Sobre esta cuestión, véase, entre otras, las STJUE de 18 de enero de 1984, Ekro, C-327/82, Rec. p. 107, apartado 11, y de 9 de marzo de 2006, Comisión/España, C-323/03, Rec. p. I-0000, apartado 32.

⁵³⁰ Véase apartado núm. 44 de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456.

reforzar esta argumentación, añade que la existencia de discapacidad exige que la limitación sea de larga duración⁵³¹. Para ello, el Tribunal defiende que la protección que ofrece la Directiva 2000/78 a las personas con discapacidad, que es básicamente la adaptación del puesto de trabajo ex artículo 5, tiene en cuenta un factor temporal de larga duración, y, en consecuencia, la norma europea no protege a aquellos trabajadores tan pronto como aparezca cualquier enfermedad⁵³². De esta manera, la Sala asume una definición de discapacidad basada en la CIF⁵³³, entendiéndose que la enfermedad, que es habitualmente una etapa previa a la discapacidad, no se halla protegida por la Directiva 2000/78. Además, la exclusión de la protección de la enfermedad persigue mantener un concepto de discapacidad que *no implique grandes perturbaciones a la mayoría de los Estados miembros*⁵³⁴.

Uno de los aspectos que más llama la atención de esta sentencia es la asunción del modelo médico por parte del Tribunal⁵³⁵, más aún si tenemos en cuenta el esfuerzo institucional por implementar el modelo social, llevado a cabo durante los años previos al pronunciamiento judicial. El enfoque que asume el TJUE se centra en destacar el carácter individual de la limitación que supone la dolencia respecto a su vida profesional⁵³⁶. Tal característica permite afirmar que nos hallamos ante una clara manifestación del paradigma médico de tratamiento de la discapacidad. Y es en este punto en el que debe subrayarse, tal y como ya han hecho otros autores⁵³⁷, la incoherencia que ello supone, sobre todo si tenemos en cuenta que otras instituciones de la UE eran firmes defensoras de la implementación del

⁵³¹ Véase apartado núm. 45 de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456.

⁵³² Véase apartado 46 de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456.

⁵³³ Para un examen en profundidad sobre esta norma, véase el apartado 2.2.2 de este estudio.

⁵³⁴ Vid. CABEZA PEREIRO, J., "La discriminación por discapacidad", *op. cit.*, pág. 304.

⁵³⁵ Vid. WADDINGTON, L., "Equal to the Task? Re-Examining EU Equality Law in Light of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities", en QUINN, G., FLYNN, E. (eds.) *European Yearbook of Disability Law*, vol. 4, Intersentia, Antwerp, 2013, pág. 169.

⁵³⁶ Véase apartado 43 de la STJUE Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, que define la discapacidad como "[...] una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional".

⁵³⁷ Vid. WADDINGTON, L., "Case C-13/05, Chacón Navas v. Eures Colectividades SA, Judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006", *op. cit.*, pág. 492, que afirma que "It is questionable how a definition of disability exclusively based on the medical model and which determines access to one of the key EC human rights instrument which regard to people with disabilities, fits into this bigger picture. At the very least, it could have been expected of the Court that it would refer to the position of the other EU institutions in its judgment and recognize the importance of the social model of disability".

paradigma social de tratamiento de la discapacidad desde prácticamente el año 1996⁵³⁸.

Ante este escenario, la decisión del Tribunal choca con el enfoque inclusivo que propugna el modelo social, hallándonos ante “[...] *una especie de divorcio bastante notable entre el punto de vista que sostiene el Tribunal de Justicia en la Sentencia Chacón Navas y las afirmaciones que formulan el Parlamento, la Comisión, y el Consejo, órganos que expresamente abrazan el modelo social*”⁵³⁹.

Otro aspecto destacado de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456 es que no ofrece soluciones jurídicas a situaciones que manifiesten limitaciones duraderas o permanentes, que podrían ser asimiladas a la discapacidad. La más evidente es la de aquellas personas que padezcan una enfermedad crónica. Si bien el Abogado General apuntaba en sus conclusiones que la única excepción a la no calificación como discapacidad son aquellas limitaciones duraderas que se manifiesten a lo largo de la enfermedad⁵⁴⁰, el Tribunal no dedica ni un apartado a solventar esta importantísima cuestión. Las razones parecen apuntar a mantener un concepto que no implique grandes perturbaciones a la mayoría de Estados miembros⁵⁴¹, pero con tal argumentación se perjudica la construcción de un concepto de discapacidad autónomo y uniforme.

3.5.2. STJUE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06

El siguiente pronunciamiento destacado en materia de discapacidad es la STJUE Coleman, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415. En esta ocasión, la Sala abordó el alcance de la protección que la Directiva 2000/78 confiere a familiares de

⁵³⁸ Vid. Comunicación de la Comisión sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, de 30 de julio de 1996, titulada “Una nueva estrategia comunitaria en materia de minusvalía” [COM(96) 406 final] y Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo (COM/2003/0650 final).

⁵³⁹ Vid. CABEZA PEREIRO, J., “La discriminación por discapacidad”, *op. cit.*, pág. 306.

⁵⁴⁰ Vid. apartado 85 de las Conclusiones del Abogado General de 16 de marzo de 2006, C-13/05, EU:C:2006:184.

⁵⁴¹ Así lo señala CABEZA PEREIRO, J., “La discriminación por discapacidad”, *op. cit.*, pág. 304. En este mismo sentido, QUINN, G.; FLYNN, E., “Transatlantic Borrowings”, *op. cit.*, pág. 23 sostiene que el Tribunal opta por una definición de discapacidad cuyo impacto económico sea el menor posible para los Estados miembro.

personas con discapacidad, o, dicho de otro modo, examinó si la mencionada norma europea es aplicable a situaciones de discriminación por asociación⁵⁴². Concretamente, el TJUE examina si la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad contenida en la Directiva 2000/78 también protege a familiares de personas con discapacidad, y, si puede considerarse una discriminación directa que vulnera el principio de igualdad de trato que un empresario confiera un trato menos favorable a un trabajador debido al hecho de que tiene un hijo con discapacidad.

Las cuestiones prejudiciales de la STJUE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415 se plantean en el marco de un pleito por despido en Reino Unido, en el que una trabajadora, que tiene un hijo que requiere cuidados específicos, es despedida a causa de tener a su cargo un hijo con discapacidad.

La tesis sostenida por el Tribunal en este pronunciamiento judicial simboliza un paso adelante, y amplía la protección que confiere la Directiva 2000/78 a las situaciones de discriminación por asociación únicamente por razón de discapacidad⁵⁴³, esto es, aquellas situaciones en las que un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga, siempre que se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo. Para ello, el Tribunal sostiene que la protección conferida por la Directiva pretende combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad,

⁵⁴² Conviene destacar que la discriminación por asociación se integra en las denominadas discriminaciones por transferencia, categoría que incluye la discriminación por asociación y órdenes discriminatorias, tal y como señala MUÑOZ RUIZ, A.M., “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, Coleman y otros, C-303/06”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol. 101, 2009, pág. 335. Para un estudio en profundidad sobre la discriminación por transferencia, que no será objeto de estudio en el marco del presente trabajo, véase PILGERSTORFER, M; FORSHAW, S., “Transferred Discrimination in European Law”, *Industrial Law Journal*, vol. 37, 4, 2008, págs. 390–392.

⁵⁴³ Sobre este punto, véase WADDINGTON, L., “Case C-303/06, S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 17 July 2008”, *op. cit.*, págs. 672-673, que advierte que la STJUE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415 no extiende la protección de no discriminación por asociación a todas las causas previstas en la Directiva 2000/78, puesto que el Tribunal presta especial atención a que la Sra. Coleman era quien ofrecía los cuidados requeridos por su hijo, así como que la situación nacional de los distintos Estados miembros de la UE difiere en materia de protección de no discriminación por asociación.

huyendo así de una aplicación centrada en una categoría de personas⁵⁴⁴. Es cierto que la Directiva 2000/78 contiene medidas que se refieren única y exclusivamente a este colectivo⁵⁴⁵, de tal suerte que estas no podrían ser solicitadas por los familiares, pero el TJUE señala que la previsión de medidas destinadas a tener en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad no permite llegar a la conclusión de que el principio de igualdad de trato deba interpretarse de manera restrictiva, es decir, en el sentido de que prohíbe únicamente las discriminaciones directas por motivo de discapacidad que afecten exclusivamente a las personas con discapacidad⁵⁴⁶. La formulación del artículo 1 de la Directiva 2000/78, que se refiere a la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad y no exclusivamente a las personas con discapacidad, es el punto central que sustenta la argumentación del Tribunal.

Paralelamente, el TJUE realiza una mención *obiter dicta* referida a los ajustes razonables que resulta necesario analizar. El apartado núm. 42 de la STJUE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415 identifica esta obligación, al igual que el artículo 7.2 de la Directiva 2000/78, como una medida de acción positiva⁵⁴⁷, categorización esta que en el caso de los ajustes razonables no encaja con la conceptualización plasmada en la Directiva 2000/78⁵⁴⁸. En efecto, el Tribunal clasifica la mencionada obligación como una medida de acción positiva, dato sorprendente si examinamos el artículo 5 de la Directiva 2000/78. Tal artículo deja patente que la obligación de realizar ajustes razonables es una disposición

⁵⁴⁴ Véase apartado 38 de la STJUE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415 y apartado 22 de las conclusiones del Abogado General de 31 de enero de 2008, C-303/06, EU:C:2008:61.

⁵⁴⁵ Claros ejemplos son la obligación de realizar ajustes razonables (artículo 5) y que el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, 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 (artículo 7.2).

⁵⁴⁶ *Vid.* apartado 43 de la STJUE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415.

⁵⁴⁷ En realidad, el Tribunal utilizó la expresión “medida de discriminación positiva”, terminología esta sumamente extraña y nada habitual en el contexto institucional europeo, tal y como señala WADDINGTON, L., “Case C-303/06, S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 17 July 2008”, *op. cit.*, págs. 678 *in fine* y 679.

⁵⁴⁸ En este sentido, véase *ibid.*, pág. 677. La confusión de los ajustes razonables como medida de acción positiva se ha producido, tal y como señala WADDINGTON, L.; BELL, M., “Exploring the Boundaries of Positive Action under EU: A Search for Conceptual Clarity”, *op. cit.*, págs. 1516 y 1517, tanto a nivel judicial como legislativo europeo (Bélgica y Portugal). Los mencionados autores defienden que la caracterización ideal de esta obligación debe incardinarse como un tipo particular de disposición antidiscriminatoria basada en un modelo distinto de lucha contra la discriminación, pues se trata de una disposición obligatoria – a diferencia de algunas de las medidas de acción positiva- y ostenta un carácter individual que la hace única. Una explicación detallada sobre este debate puede hallarse en WADDINGTON, L.; HENDRIKS, A., “Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe”, *op. cit.*, págs. 403–428.

obligatoria que deben integrar todos los Estados miembros en sus ordenamientos jurídicos, a diferencia de las medidas de acción positiva, como la prevista en el artículo 7.2 de la Directiva 2000/78, en las que el legislador europeo las ofrece como una posibilidad y no como obligación. A mayor abundamiento, el artículo 2 de la CIDPD califica la no realización de ajustes razonables como un comportamiento discriminatorio por razón de discapacidad⁵⁴⁹, e incluso la propia Comisión propone su plasmación en la propuesta de Directiva del Consejo de 2 de julio de 2008, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual⁵⁵⁰. Así pues, sorprende que el Tribunal se refiera en esta ocasión a los ajustes razonables como una medida de acción positiva, cuando nos encontramos ante una clara obligación para los Estados miembro.

3.5.3. STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11

La STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, ha sido, con diferencia, el pronunciamiento judicial más importante sobre discapacidad, no sólo porque se trata de la primera sentencia dictada tras la ratificación de la CIDPD por parte de la UE⁵⁵¹, sino porque es la única sentencia dictada hasta la fecha en materia de ajustes razonables⁵⁵².

En esta ocasión, el Tribunal se encarga de examinar conjuntamente el supuesto de dos trabajadoras de diferentes empresas, que fueron despedidas como consecuencia de múltiples ausencias a su puesto de trabajo por razones de salud. Ambas trabajadoras sostienen en el marco del procedimiento judicial nacional que el despido es discriminatorio, pues su estado de salud les impide llevar a cabo sus

⁵⁴⁹ Este precepto define como discriminación por motivos de discapacidad *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.*

⁵⁵⁰ Vid. artículo 2.5 de la mencionada propuesta.

⁵⁵¹ La ratificación se llevó a cabo mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁵⁵² Es cierto que la Sentencia Comisión/Italia, C-312/11, ECLI:EU:C:2013:446 también trata sobre la obligación de realizar ajustes razonables, pero esta nada aporta a su interpretación, pues se centra en el incumplimiento de Italia del deber de transponer el artículo 5 de la Directiva 2000/78.

tareas, y, en consecuencia, se las debe considerar personas con discapacidad. Y, de hecho, las trabajadoras añaden que la empresa debió ofrecerles una reducción horaria en virtud de la obligación de realizar ajustes razonables incluida en el artículo 5 de la Directiva 2000/78. Los empresarios de ambas trabajadoras sostienen que la situación médica de las trabajadoras no supone su consideración como personas con discapacidad, ya que su estado de salud únicamente les impide prestar servicios a tiempo completo. Además, consideran que la reducción de tiempo de trabajo no es una de las medidas referidas en el artículo 5 de la Directiva 2000/78, y, por lo tanto, no procede realizar adaptaciones en sus puestos de trabajo.

Como puede observarse, el núcleo esencial de las cuatro cuestiones prejudiciales está relacionado con el concepto de persona con discapacidad y la conceptualización de la obligación de realizar ajustes razonables, en el sentido de determinar si se incluye la reducción de la jornada laboral entre las medidas a las que se refiere el artículo 5 de la Directiva 2000/78.

Este pronunciamiento es, con diferencia, la sentencia más significativa en materia de discapacidad, ya que establece un cambio de paradigma en la doctrina del TJUE⁵⁵³, relativa al concepto de persona con discapacidad. Para ello, la Sala establece una conexión entre el concepto de discapacidad y la CIDPD, fruto de la aprobación por la UE en 2009⁵⁵⁴. Y sobre este punto, conviene destacar que la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222 clarifica el valor interpretativo de la CIDPD, aclaración que resultaba necesaria⁵⁵⁵, señalando que la “[...] Directiva 2000/78 debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha

⁵⁵³ Algún autor, como por ejemplo MOLINA NAVARRETE, C., “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: Una interpretación correctora a la luz del caso Ring”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol. 130, 2015, págs. 140-144, sostiene que nos encontramos ante la evolución de la doctrina contenida en la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, y no ante una rectificación de la misma.

⁵⁵⁴ Véase Decisión del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ref. 2010/48/CE).

⁵⁵⁵ Vid. WADDINGTON, L., “The European Union and the United Nations Convention on the Rights of People with Disabilities: A Story of Exclusive and Shared Competences”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 18, 4, 2011, págs. 431-453, que identificaba aquellas áreas de solapamiento de competencias exclusivas y compartidas de la UE sobre las que se pronuncia la CIDPD. En el mismo sentido, véase DE BURCA, G., “The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention”, *op. cit.*, págs. 1-23.

*Convención*⁵⁵⁶”. Si tenemos en cuenta que la primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión obliga a interpretar las disposiciones de Derecho derivado, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos acuerdos⁵⁵⁷, podemos concluir que la CIDPD se halla en un nivel superior al Derecho derivado, y, en consecuencia, jugará un papel fundamental en la interpretación de las disposiciones de la Directiva 2000/78⁵⁵⁸. Sin embargo, este hecho plantea problemas más inmediatos, como por ejemplo quién debe asumir la implementación de las disposiciones previstas en la CIDPD, toda vez que algunas de ellas forman parte de competencias compartidas de la UE⁵⁵⁹.

Así pues, el Tribunal integra el modelo social de tratamiento de discapacidad y conceptualiza la discapacidad como “[...] *una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores*⁵⁶⁰”. La introducción de la afectación a la participación de este colectivo en la vida profesional supone la apertura del concepto de discapacidad⁵⁶¹, expandiendo así la posibilidad de que la enfermedad pueda ser asimilada a la discapacidad⁵⁶², y además precisa que el origen de la discapacidad es irrelevante en orden a su

⁵⁵⁶ Véase el apartado 32 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222.

⁵⁵⁷ Véase, en especial, la STJUE de 10 de septiembre de 1996, Comisión/Alemania, C-61/94, EU:C:1996:313, apartado 52; la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 29, y la STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12, EU:C:2014:159, apartado 72.

⁵⁵⁸ Tal y como señala WADDINGTON, L., “HK Danmark (Ring and Skouboe Werge): Interpreting the EU Equality Law in Light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *European Anti-Discrimination Law Review*, 17, 2013, pág. 20, este hecho exigirá una reinterpretación de algunos preceptos de dicha Directiva.

⁵⁵⁹ Las disposiciones que presentan mayores problemas son las de control y seguimiento de la implementación de la CIDPD (artículos 31 a 33). A mayor abundamiento, véase WADDINGTON, L., “The European Union and the United Nations Convention on the Rights of People with Disabilities: A Story of Exclusive and Shared Competences”, *op. cit.*, págs. 431-453, que sostiene que la responsabilidad recae, mayoritariamente, sobre los Estados miembros, pues no existe ninguna disposición que obligue a la UE a actuar sobre cuestiones cuya competencia sea compartida, aún cuando sería deseable que se efectuase por la UE en aras de armonizar el marco jurídico de lucha contra la discapacidad.

⁵⁶⁰ Véase el apartado 38 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222.

⁵⁶¹ En sentido contrario, véase WADDINGTON, L., “Saying All the Right Things and Still Getting it Wrong: The Court of Justice's Definition of Disability and Non-Discrimination Law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, 4, 2015, pág. 582, que sostiene que la valoración, por parte del TJUE, única y exclusivamente respecto al ámbito de la vida profesional es una visión más limitada que la plasmada por la CIDPD.

⁵⁶² En este sentido, véase MOLINA NAVARRETE, C., “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: Una interpretación correctora a la luz del caso Ring”, *op. cit.*, pág. 143, que señala que la introducción de dicha expresión supone la creación de “[...] *las condiciones precisas en las que la enfermedad puede ser causa de discapacidad, al generarle un riesgo adicional de padecer limitaciones profesionales*”.

determinación⁵⁶³. En este sentido, los apartados 41 y 42 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222 clarifican que solo aquellas enfermedades que acarreen una limitación profesional pueden estar incluidas en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78. Así, el Tribunal no añade la enfermedad como una nueva causa de discriminación a las previstas en la Directiva 2000/78, sino que permite la asimilación de aquella a la discapacidad, siempre y cuando concurren las notas exigidas por el artículo 1 de la CIDPD.

Por lo tanto, la limitación de la capacidad profesional derivada de las dolencias constituye el nuevo núcleo esencial del concepto de persona con discapacidad, circunstancia ésta a la que se le ha de sumar la particularidad de que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser a largo plazo, ex artículo 1 de la CIDPD.

No obstante, conviene señalar que, si bien la asunción de la definición de persona con discapacidad por el TJUE simboliza la integración del modelo social en la interpretación de la Directiva 2000/78, la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222 deja abiertos dos problemas: el significado de la expresión “largo plazo”, cuestión ésta que ha sido discutida recientemente en la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, tal y como se analizará más adelante, y el encaje de la limitación de la capacidad profesional en los países que utilizan un sistema de porcentajes para determinar la existencia de discapacidad⁵⁶⁴.

Una precisión sobre la que conviene detenerse es la contenida en el apartado 43 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222. Este se encarga de especificar que el significado de discapacidad no implica una exclusión total del trabajo, sino un obstáculo que dificulta su desarrollo, o dicho en otras palabras basta que limite la participación del

⁵⁶³ En este sentido, véase BETSCH, N., “The Ring and Skouboe Werge Case: A Reluctance Acceptance of the Social Approach of Disability”, *European Labour Law Journal*, vol. 4, 2013, pág. 140.

⁵⁶⁴ *Vid.* WADDINGTON, L., “HK Danmark (Ring and Skouboe Werge): Interpreting the EU Equality Law in Light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *op. cit.*, pág. 21.

trabajador en su vida profesional, incluyendo así limitaciones parciales⁵⁶⁵. De esta manera, *el estado de salud de una persona con discapacidad que puede trabajar, aunque sólo sea a tiempo parcial, puede, por tanto, entrar dentro del concepto de «discapacidad»*. Con esta matización, el Tribunal muestra una clara voluntad de ampliar la protección ofrecida por la Directiva 2000/78 a situaciones límite en las que se pueden prestar servicios pero con limitaciones, fomentando así una mayor participación y la accesibilidad de este colectivo en el mercado de trabajo.

Asimismo, la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222 solventa una cuestión controvertida, a saber, si debe considerarse el origen de la discapacidad como cuestión relevante para excluir la protección de la Directiva. El Tribunal sostiene que la norma europea se refiere a la discapacidad, sin referirse a su origen como circunstancia que permitiría excluir su protección. Así, se sostiene explícitamente que aplicar una protección selectiva en función de la causa de la discapacidad sería una interpretación totalmente contraria al objetivo de la Directiva⁵⁶⁶, que no es otro que prohibir, en términos generales, la discriminación por razón de discapacidad. Esta tesis ofrece una respuesta, desde un punto de vista europeo, que permite advertir a ciertos países de la necesidad de modificar sus legislaciones sobre esta materia⁵⁶⁷.

Paralelamente, la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222 contiene menciones especialmente interesantes respecto a la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad.

La primera de ellas la hallamos en el apartado 45, que se encarga de clarificar que la existencia de una discapacidad no depende de la naturaleza de los ajustes o de la utilización de equipamiento especial ya que excluiría de su definición las

⁵⁶⁵ Véase el apartado 44 de las Conclusiones de la Abogada General J. Kokkot, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2012:775.

⁵⁶⁶ Véase el apartado 40 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222.

⁵⁶⁷ Tal y como señala HIEß, C.; BOOT, G., "The Application of the EU Framework for Disability Discrimination in 18 European Countries", *op. cit.*, pág. 126, algunos de los países que excluyen de considerar como personas con discapacidad en función de ciertas causas – como por ejemplo la ingesta de alcohol o drogas-, son Finlandia, Italia, Países Bajos o Reino Unido, a diferencia de otros países que no han efectuado esta distinción, como por ejemplo Austria, Alemania o Noruega.

dolencias físicas y mentales⁵⁶⁸. Con esta afirmación, el Tribunal pretende señalar que la determinación de una discapacidad es una actuación previa a la necesidad de realizar ajustes razonables. Por lo tanto, la determinación de la existencia de una discapacidad no podrá tener en cuenta la necesidad de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo, pues “[...] *son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de discapacidad*”⁵⁶⁹.

Finalmente, la tercera cuestión prejudicial se centra específicamente en la mencionada obligación. Dicha cuestión pretende dilucidar si una reducción del tiempo de trabajo puede constituir una medida de ajuste *ex* artículo 5 de la Directiva 2000/78. La importancia de dar respuesta a este problema no es baladí, ya no sólo porque esta medida no se halla explícitamente prevista en el considerando 20 de la Directiva 2000/78⁵⁷⁰, sino porque la mencionada norma europea no especifica si los ajustes razonables pueden ser medidas a tiempo parcial, máxime cuando la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES es la norma europea que se encarga de regular aspectos del trabajo a tiempo parcial. La solución que propone el Tribunal se inclina por sostener la inclusión de la reducción del tiempo de trabajo dentro del concepto “pautas de trabajo” previsto en el considerando 20, como medida organizativa *ex* artículo 5 de la Directiva 2000/78. Para ello, la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222 efectúa una interpretación expansiva de los ajustes razonables, basándose para ello en que la *voluntas legislatoris* no pretendió establecer limitaciones en cuanto a la inclusión

⁵⁶⁸ *Vid.* apartado 42 de las Conclusiones de la Abogada General J. Kokkot, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2012:775.

⁵⁶⁹ Véase apartado 46 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222.

⁵⁷⁰ Este considerando contempla como ejemplo de posibles medidas la adaptación de las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación encuadre.

de medidas concretas⁵⁷¹, primando como objetivo el fomento del empleo de las personas con discapacidad, en consonancia con el artículo 2.4 de la CIDPD⁵⁷².

3.5.4. STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12

Continuando con el análisis de las sentencias más destacadas en materia de discapacidad y empleo, el siguiente pronunciamiento a analizar es la STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12, EU:C:2014:159. En este caso, se plantea al Tribunal de Justicia el supuesto de una profesora de educación secundaria que sufre una rara afección que le impide gestar un hijo. Ante esta circunstancia, la Sra. Z y su marido deciden recurrir a la gestación por sustitución para tener descendencia. Cuando se produce el nacimiento del bebé, que es portadora del material genético de la Sra. Z y su marido, la empleadora de la Sra. Z sostiene que la trabajadora no reúne los requisitos exigidos legalmente para la concesión del permiso de maternidad, ya que no había estado embarazada. Ante la negativa de la concesión del permiso, la Sra. Z interpuso una demanda contra su empleadora, en la que alegaba que había sido objeto de discriminación por motivos de sexo, estatuto familiar y discapacidad, sin que el empresario hubiera procedido a realizar los ajustes razonables necesarios, así como denunciando la negativa a concederle un permiso retribuido derivado de su tratamiento de fecundación *in vitro*.

Se plantean un total de seis cuestiones prejudiciales, que pueden englobarse en dos bloques de discusión: la determinación de si la denegación de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad y/o adopción puede considerarse discriminación por razón de sexo (cuestión primera y segunda) o discapacidad

⁵⁷¹ La manifestación clave para llegar a esta conclusión la encontramos en el considerando 20 de la Directiva 2000/78, que utiliza la expresión “por ejemplo” para apuntar las medidas que pueden ser consideradas ajustes razonables. Sin embargo, el apartado 54 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222 apela a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores como factor esencial para justificar una interpretación expansiva del concepto “ajuste razonable”.

⁵⁷² Véase apartado 53 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, que señala: “Conforme al artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de la ONU, los «ajustes razonables» son «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». De ello se sigue que dicha disposición preconiza una definición amplia del concepto de «ajuste razonable».”

(cuestión tercera y cuarta) y la compatibilidad entre la CIDPD y la Directiva 2000/78 (cuestión quinta y sexta).

Este pronunciamiento no es especialmente innovador en cuanto a la conceptualización de persona con discapacidad, pues no aporta ninguna novedad a la visión asumida por el Tribunal en la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222. La Sala, en el marco de las cuestiones tercera y cuarta, sigue manifestando la necesidad de que exista una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, y que esta impida la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. En este caso, el Tribunal sostiene que la imposibilidad de tener hijos debe ser considerada una limitación a largo plazo⁵⁷³, pero esta no impide el acceso, el ejercicio o el progreso en el empleo⁵⁷⁴.

Tal conclusión sorprende tras el cambio de tendencia manifestada en el marco de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, pues el tribunal efectúa una valoración especialmente restrictiva de la participación en la vida profesional. Sobre esta cuestión, el TJUE limita el alcance de la expresión “persona con discapacidad” basándose en una visión puramente médica, que no coincide con la nueva visión que defiende la CIDPD. La imposibilidad de tener hijos afecta ineludiblemente a la esfera de derechos en el marco de cualquier relación laboral, pues le impide disfrutar del permiso de maternidad – que es la cuestión central de discusión en el marco del pleito-. Este derecho está conectado con el ámbito de aplicación material de la Directiva previsto en el artículo 3.1.c de la Directiva 2000/78⁵⁷⁵, y, por ende, la imposibilidad de tener hijos genera un impacto limitador sobre la vida profesional de la trabajadora.

Donde sí destaca este pronunciamiento es en la respuesta que ofrece a la cuestión quinta y sexta, esto es, a la validez de la Directiva 2000/78 con relación a

⁵⁷³ Véase el apartado núm. 79 de la STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12, EU:C:2014:159.

⁵⁷⁴ Véase el apartado núm. 81 de la STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12, EU:C:2014:159.

⁵⁷⁵ Así lo afirma WADDINGTON, L., “Saying All the Right Things and Still Getting it Wrong”, *op. cit.*, pág. 585.

la CIDPD. Se le plantea al Tribunal la responsabilidad de valorar la validez de la Directiva 2000/78 a la luz de la CIDPD, instrumento este último que fue declarado, por su naturaleza internacional, en un nivel superior al Derecho derivado⁵⁷⁶.

Y la respuesta del Tribunal califica de carácter programático las obligaciones señaladas en los artículos 4.1 y 4.3 de la CIDPD⁵⁷⁷, pues están sometidas a la adopción de actos ulteriores que corresponde a las partes contratantes. Con esta tesis, el Tribunal elimina cualquier posibilidad existente de otorgar efecto directo a las disposiciones de la CIDPD, pues su contenido, al vincularse a la actuación de las partes contratantes, no puede considerarse incondicionado y suficientemente preciso⁵⁷⁸. En consecuencia, el TJUE descarta la posibilidad de que la validez de la Directiva 2000/78 pueda ser cuestionada a la luz de la CIDPD⁵⁷⁹.

3.5.5. STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13

Otro pronunciamiento de interés que conviene comentar es la STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463. El TJUE tuvo una oportunidad más de continuar expandiendo el concepto de discapacidad hacia patologías desafortunadamente muy extendidas en las sociedades occidentales, como es la obesidad. En este caso, se plantea la situación de un cuidador infantil, el Sr. Kaltoft, que estaba obeso según la definición de la OMS, característica esta que se mantuvo durante el transcurso de la relación laboral existente con su empleadora. Tras la existencia de una reducción del número de niños, se decidió despedir al Sr. Kaltoft, siendo este la única persona despedida por el descenso de la carga de trabajo alegada. El trabajador entendió que la decisión empresarial se debía única y exclusivamente a su obesidad, sosteniendo que la extinción de su contrato de trabajo era discriminatoria.

⁵⁷⁶Véase el apartado 32 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222 y el apartado 79 de las conclusiones del Abogado General de 26 de septiembre de 2013, Z, C-363/2012, ECLI:EU:C:2013:604.

⁵⁷⁷ Véase apartado 88 de la STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12, EU:C:2014:159.

⁵⁷⁸ Sobre el significado de la expresión “disposiciones incondicionales y suficientemente precisas”, véase STJUE de 30 de septiembre de 1987, Demirel/Stadt Schwäbisch Gmünd, C-12/86, EU:C:1987:400, apartado 14; STJUE de 15 de julio de 2004, Pêcheurs de l'étang de Berre, C-213/03, EU:C:2004:464, apartado 39; STJUE de 3 de junio de 2008, Intertanko y otros, C-308/06, EU:C:2008:312, apartado 45; STJUE de 21 de diciembre de 2011, Air Transport Association of America y otros, C-366/10, EU:C:2011:864, apartados 54 y 55.

⁵⁷⁹ Véase apartado 90 de la STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12, EU:C:2014:159.

En el marco de estos hechos, se plantean al TJUE un total de cuatro cuestiones, que pretenden clarificar si la obesidad es una causa de discriminación protegida en el Derecho de la Unión, y más concretamente, si esta puede considerarse como una discapacidad, a efectos de aplicar la protección que ofrece la Directiva 2000/78. En particular, se plantean como cuestiones: a) la posibilidad de que la obesidad se halle incluida dentro del ámbito de protección del Derecho de la UE relativo a los derechos fundamentales, b) si sería posible la aplicación de una eventual prohibición de discriminación por obesidad, con amparo legal en la Directiva 2000/78, a la relación entre un nacional y un empleador público, c) si deberá efectuarse el examen de si se vulneró una eventual prohibición de discriminación por motivo de obesidad conforme a las normas relativas al reparto de la carga de la prueba, y por último, d) si la obesidad puede ser considerada una discapacidad a los efectos de la protección que ofrece la Directiva 2000/78, y en su caso, qué criterios resultarían determinantes en estas situaciones.

Este pronunciamiento judicial analiza una cuestión pionera en el Derecho de la UE, que no en otros ordenamientos jurídicos⁵⁸⁰, ofreciendo una solución protectora para aquellas situaciones de discriminación no previstas explícitamente en la Directiva 2000/78. El Tribunal se muestra especialmente taxativo ante el reconocimiento de la obesidad como causa de discriminación⁵⁸¹, y por ende, veda la posibilidad de su protección directa al amparo de la Directiva 2000/78⁵⁸², básicamente por su falta de reconocimiento en el artículo 1. No obstante, en coherencia con la expansión del concepto de discapacidad que se ha producido en el seno del TJUE a lo largo de los últimos años, se reconoce la posibilidad de que la obesidad quede protegida por la Directiva 2000/78, a través de su asimilación con la discapacidad. Para ello, se exige que la obesidad del trabajador

⁵⁸⁰ Vid. RIVAS VALLEJO, P., “¿Es la obesidad causa de discriminación laboral? Diálogo a tres bandas: Derecho norteamericano, Derecho comunitario y Derecho español”, comunicación presentada a las XXVI Jornadas Catalanas de Derecho Social, 2015, que analiza las respuestas que el ordenamiento jurídico norteamericano y canadiense ofrecieron a la cuestión de la obesidad como causa de discriminación desde hace años. Puede accederse a su lectura en el siguiente link: <http://www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=315>

⁵⁸¹ En esta línea, véase *Ibid.*, pág. 15, que califica como contundente ante la respuesta del TJUE.

⁵⁸² Véase apartado 58 de la STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463, que rechaza la protección general ante la obesidad debido a que “[...] por su propia naturaleza, no da lugar necesariamente a una limitación [...]” que pueda impedir la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

comparta las características previstas en la CIDPD⁵⁸³, esto es: a) que se traduzca en una limitación que pueda impedir su participación plena y efectiva en la esfera profesional; y b) que sea de larga duración. Conviene señalar en este punto que la posibilidad de vehicular la obesidad a la tutela antidiscriminatoria que ofrece la Directiva 2000/78 se basa en que *el concepto de «discapacidad» no depende de en qué medida la persona haya podido o no contribuir a su propia discapacidad*⁵⁸⁴. Así pues, ninguna repercusión jurídica tendrá el hecho de las circunstancias que den origen a la discapacidad.

Respecto al análisis de estas notas, llama la atención que el Tribunal se pronuncie sobre la segunda de ellas (larga duración), apreciando su concurrencia al manifestarse la obesidad durante todo el transcurso de la relación laboral⁵⁸⁵, y, por el contrario, derive la determinación de la limitación en la participación de la vida profesional al juez nacional⁵⁸⁶. Sorprende que el Tribunal se pronuncie únicamente sobre uno de ellos, máxime cuando ambos requisitos son de naturaleza fáctica, circunstancia que podría justificar la remisión del examen de ambos al juez nacional.

En este orden de cosas, tal planteamiento deja claro que el requisito “largo plazo” debe interpretarse respecto a la manifestación de la limitación durante la relación laboral, pudiendo sostenerse que concurre siempre y cuando exista desde el momento inicial de la misma. Ahora bien, el Tribunal desaprovechó una oportunidad excelente para desarrollar con mayor precisión cómo debe interpretarse este requisito en relación con otros factores, pues el hecho de vincularlo a la relación laboral puede plantear problemas de coherencia en aquellas relaciones laborales de duración más reducida⁵⁸⁷.

En cualquier caso, la STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463 aboga por una configuración amplia del concepto de

⁵⁸³ Véase apartado 59 de la STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463.

⁵⁸⁴ Véase el apartado 56 de la STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463.

⁵⁸⁵ Véase el apartado 61 de la STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463.

⁵⁸⁶ Véase apartado 62 de la STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463.

⁵⁸⁷ Nótese que en la STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463 el trabajador prestó servicios con obesidad durante los 15 años de antigüedad que ostentaba, pero el Tribunal sostiene en el apartado 61 la existencia de “larga duración” atendiendo a que “[...] el Sr. Kaltoft estaba obeso durante todo el tiempo que trabajó para Billund Kommune, obesidad que, por consiguiente, fue de larga duración.”

discapacidad, que pretende proteger situaciones no previstas expresamente mediante su asimilación a la discapacidad, ampliando así de forma indirecta la tutela antidiscriminatoria que ofrece la Directiva 2000/78.

3.5.6. STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15

Otro pronunciamiento que debe destacarse en materia de discapacidad ha sido la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917. En este caso, se plantea la situación de un trabajador temporal que, como consecuencia de un accidente laboral, inicia un periodo de incapacidad temporal de duración incierta. Al cabo de un mes, el Sr. Daouidi recibe una comunicación escrita de despido disciplinario. En el marco de estos hechos, se plantea como asunto principal la posibilidad de que la situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, y de duración incierta, sea asimilada al concepto de discapacidad. Para ello, se discuten un total de cinco cuestiones prejudiciales⁵⁸⁸, de las que destacan, por afinidad temática con el objeto del presente estudio, la tercera⁵⁸⁹, y quinta cuestiones prejudiciales⁵⁹⁰.

En líneas generales, la Sala se centra en dar una respuesta a la quinta cuestión prejudicial, complementando su doctrina dictada durante los últimos años. Partiendo de la base de que un accidente de trabajo puede ser causa de discapacidad⁵⁹¹, se aprecia una clara voluntad de clarificar el concepto “larga duración” en relación con la limitación de la participación en la vida profesional, no definido por la CIDPD⁵⁹². En este sentido, el TJUE afirma que el hecho de que se le aplique el régimen jurídico de la incapacidad temporal al sr. Daouidi no puede

⁵⁸⁸ Véase apartado 33 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

⁵⁸⁹ El contenido de la tercera cuestión prejudicial es el siguiente: “*La decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal —de duración incierta— por causa de un accidente laboral, cuando está recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de Seguridad Social, ¿Entraría en el ámbito de afectación y/o tutela de los artículos 3, 15, 31, 34.1 y 35.1 de la Carta (uno, alguno o todos ellos)?*”

⁵⁹⁰ El contenido de la quinta y última cuestión prejudicial planteada es el siguiente: “*Caso de responderse en sentido negativo a las cuatro cuestiones anteriores, se formula una quinta cuestión: ¿Entraría en el concepto de discriminación directa por discapacidad —como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78— la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal —de duración incierta— por causa de un accidente laboral?*”

⁵⁹¹ Véase apartado 44 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

⁵⁹² Así lo señala el TJUE en el apartado 49 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

excluir la calificación de la limitación como duradera⁵⁹³. Con ello, la Sala pretende apartarse de limitaciones formalistas y prestar atención única y exclusivamente al estado médico de la persona en cuestión en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio⁵⁹⁴.

Asimismo, el TJUE clarifica algunos aspectos prácticos de importancia sobre el requisito de duración, señalando que se trata de una cuestión puramente fáctica y sobre la que deberá pronunciarse el juez nacional⁵⁹⁵. Así, por ejemplo, el análisis de esta circunstancia se ha de efectuar respecto al estado del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio⁵⁹⁶, los indicios para determinar que la limitación es duradera se encuentran que la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo⁵⁹⁷, y por último, que la comprobación del carácter duradero debe basarse en todos los elementos objetivos de que se disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales⁵⁹⁸.

En otro orden de cosas, llama poderosamente la atención el hecho de que se remita el análisis del carácter “duradero” al juez nacional. En efecto, hasta el momento, el único supuesto en el que se planteó la necesidad de valorar el requisito de larga duración fue expresamente valorado por el propio Tribunal, en el marco de la STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463⁵⁹⁹. Sin embargo, en la STJUE de 1 de diciembre de 2016,

⁵⁹³ Véase apartado 52 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917. La influencia del apartado 49 de las conclusiones del Abogado General de 26 de mayo de 2016, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:371, es patente, pues el Tribunal, sin ofrecer argumentación respecto a este punto, considera que el hecho de que la incapacidad se calificara, en un primer momento, de «temporal», no impide que posteriormente pueda considerarse duradera sobre la base de pruebas médicas. Sobre este punto, el apartado 59 *in fine* es especialmente clarificadora pues señala que “[...] la inclusión de una situación en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 no debe depender de la calificación como «incapacidad temporal» en el sentido del Derecho nacional que se haya aplicado al demandante en el litigio principal”.

⁵⁹⁴ Véase el apartado 53 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, que cita al apartado 29 de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456.

⁵⁹⁵ Véase apartado 55 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

⁵⁹⁶ Véase apartado 53 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917. Sobre este punto, conviene precisar que el apartado 29 de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, se manifestó en la misma línea.

⁵⁹⁷ Véase apartado 56 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

⁵⁹⁸ Véase apartado 57 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

⁵⁹⁹ Véase apartado 61 de la STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463.

Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, la Sala opta por redirigir la determinación de la concurrencia de este requisito al juez nacional. Este cambio es mucho más coherente con la doctrina del TJUE, pues al tratarse de una cuestión puramente fáctica, la remisión al juez nacional facilita que la construcción jurídica sea totalmente objetiva y pueda extrapolarse a otros supuestos.

Asimismo, el Tribunal no se pronuncia respecto al tiempo requerido para que una limitación de capacidad pueda ser considerada discapacidad. El pronunciamiento deja patente que entre los indicios para apreciar su concurrencia podemos encontrar la existencia de cualquier limitación que *no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo*⁶⁰⁰. Sin embargo, esta construcción no ofrece una cobertura en situaciones sobrevenidas. En efecto, la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917 excluye de protección situaciones como por ejemplo aquellas limitaciones que presentan *prima facie* una finalización a corto plazo pero que, por cualquier complicación médica, pueden ver incrementado su tiempo de recuperación, transformándose en situaciones sobrevenidas de larga duración, o incluso cambiar a un periodo incierto de curación. Y, por el contrario, protege situaciones médicas de recuperación previstas a largo plazo, que, por circunstancias médicas o personales, pueden sufrir una mejora sustancial en el tiempo de recuperación inicialmente previsto, hecho este que transformaría, de forma sobrevenida, el carácter temporal de la limitación de largo plazo a corta duración.

De hecho, la falta de claridad sobre este aspecto plantea otra cuestión de importancia capital: ¿Qué duración pueden establecer las legislaciones de los Estados miembros para apreciar una limitación a largo plazo? Voces autorizadas como WADDINGTON ya se han pronunciado sobre esta discusión, sosteniendo que un periodo de 12 meses, como el establecido por la Disability Discrimination Act 1995 en Reino Unido⁶⁰¹, es compatible con el Derecho de la UE⁶⁰². En aquellas legislaciones en las que no se establece un lapso de tiempo como

⁶⁰⁰ Véase apartado 56 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

⁶⁰¹ Nótese que esta norma se aplica actualmente única y exclusivamente en Irlanda, tal y como indica WADDINGTON, L., "EHRC 2017/29 HvJ EU, 01-12-2016, C-395/15 Non-discriminatie, Handicap, Definitie van de grond handicapt, Begrip langdurige beperkingen", *European Human Rights Cases (EHRC)*, vol. 29, 2017, pág. 9.

⁶⁰² *Vid. Ibid.*, pág. 9.

referencia para valorar el concepto larga duración, la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917 es suficientemente clarificadora al determinar que un periodo de 6 meses es suficiente para apreciarlo⁶⁰³.

Como último punto crítico a destacar, debe señalarse que el TJUE sigue manteniendo ciertas distancias con una completa aplicación del paradigma social de tratamiento de la discapacidad. Bajo la denominación “elementos objetivos” ex apartado 57 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, el Tribunal otorga una importancia vital a documentos y certificados médicos. Tal fundamentación pone de manifiesto una cierta discordancia en relación con la aplicación del modelo social propugnado por la CIDPD, ya que se omite cualquier referencia a la repercusión de las barreras ambientales, que pueden desempeñar un papel clave en la apreciación de este requisito. Y, de hecho, la utilización de indicadores exclusivamente médicos perjudica especialmente a enfermedades mentales, que se caracterizan por mostrar síntomas médicos que no se manifiestan de forma regular y predecible⁶⁰⁴.

Por lo demás, este pronunciamiento continúa con la voluntad de expandir el concepto de discapacidad⁶⁰⁵, de tal suerte que se abarquen el mayor número posible de soluciones, y ampliar así la tutela de la Directiva 2000/78. Esta tendencia tiene un impacto directo sobre la obligación de realizar ajustes razonables, pues incrementa sustancialmente el número de situaciones en las que puede exigirse esta medida antidiscriminatoria.

No obstante, debe advertirse que una ampliación del concepto de discapacidad generará, en un futuro, la necesidad de concretar la protección que ofrece la Directiva 2000/78 en materia de discapacidad. La discapacidad es un concepto

⁶⁰³ Vid. *Ibid.*, pág. 9.

⁶⁰⁴ Vid. *Ibid.*, pág. 10.

Para un estudio en profundidad sobre esta problemática, véase el informe elaborado por BELL, M.; WADDINGTON, L., *The Employment Equality Directive and Supporting People with Psychosocial Disabilities in the Workplace: a Legal Analysis of the Situation in the EU Member States*, Comisión Europea, Bruselas, 2016.

⁶⁰⁵ Vid. CARDO RODRÍGUEZ, I., “Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿Improcedencia o nulidad por discriminación?”, *La Ley Unión Europea*, vol. 43, 2016, pág. 3 (versión electrónica).

dinámico, por lo que el legislador europeo debería ofrecer distintos grados de protección a fin de no olvidar la diversidad que compone este colectivo⁶⁰⁶.

3.5.7. STJUE de 18 de enero de 2018, Ruíz Conejero, C-270/16

La STJUE de 18 de enero de 2018, Ruíz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17 es la última de las sentencias del TJUE que aborda una cuestión de muchísimo interés para el tratamiento de la discapacidad: la posible discriminación de carácter indirecto del artículo 52.d del TRLET, precepto este que es analizado con mayor detalle en el apartado 6.4 esta obra.

La cuestión prejudicial que examina este pronunciamiento judicial se enmarca en el despido efectuado el 7 de julio de 2015 a un trabajador, al amparo del artículo 52.d del TRLET. Las ausencias acumuladas por distintos procesos de Incapacidad Temporal se produjeron durante una serie de periodos intermitentes desde el 1 de marzo de 2014 hasta el 23 de abril de 2015. La suma de todas ellas superó los límites tasados en el artículo 52.d del TRLET, a saber, el 20 % de las jornadas hábiles en los meses de marzo y abril de 2015, y el total de sus faltas de asistencia en los doce meses anteriores había alcanzado el 5 % de las jornadas hábiles.

Sin embargo, el Sr. Ruíz Conejero fue reconocido el 15 de septiembre de 2014 como persona con discapacidad, mediante resolución emitida por la Delegación en Cuenca de la Consejería de Salud y Asuntos Sociales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Su grado de discapacidad se fijó en el 37 %, que se desglosaba en un 32 % debido a limitaciones físicas derivadas de una enfermedad del sistema endocrino-metabólico (obesidad) y de una limitación funcional de la columna vertebral, y en un 5 % debido a factores sociales complementarios.

⁶⁰⁶ Así, por ejemplo, las personas con discapacidad intelectual se enfrentan a mayores obstáculos que las personas con una leve discapacidad física. Sin embargo, la normativa europea ofrece la misma protección (concepto de persona con discapacidad) para ambos colectivos. A propósito de la importancia de esta cuestión, véase WADDINGTON, L., "Not Disabled Enough": How European Courts Filter Non-Discrimination Claims Through a Narrow View of Disability", cit., págs. 11-35.

Ante tales hechos, el Sr. Ruíz Conejero impugnó la decisión extintiva empresarial, entendiéndolo que las ausencias que justifican la extinción del contrato por causas objetivas están estrechamente vinculadas con la patología que originó el reconocimiento de la condición de persona con discapacidad. En consecuencia, el trabajador solicitó la calificación de nulidad de la extinción, pues sostiene que la decisión empresarial constituye una discriminación por razón de discapacidad. Sin embargo, la empresa no tenía conocimiento de que el Sr. Ruíz Conejero tuviera la condición de persona con discapacidad, pues el trabajador renunció expresamente a la realización de los exámenes médicos periódicos que organizaba la mutua empresarial.

El transcurso de los hechos en el marco del enjuiciamiento de la extinción del Sr. Ruíz Conejero originó la necesidad de cuestionar la compatibilidad del artículo 52.d del TRLET con el Derecho de la Unión Europea. Este precepto permite al empresario la posibilidad de extinguir unilateralmente el contrato de trabajo cuando el trabajador se haya ausentado de su puesto de trabajo, aún por causas justificadas, cuando las faltas de asistencia al trabajo alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. Tan sólo se excluyen del cómputo como faltas de asistencia una serie de supuestos tasados⁶⁰⁷, entre los que no se contemplan las ausencias debidas o conectadas con patologías o enfermedades que puedan ser asimiladas al concepto de discapacidad.

Así pues, el órgano jurisdiccional remitente entiende que los trabajadores con discapacidad están más expuestos a la aplicación del artículo 52.d del TRLET, y ello supone, a juicio del Juzgado de lo Social número 1 de Cuenca, que puedan existir dudas a propósito de la existencia de una diferencia de trato que podría

⁶⁰⁷ Concretamente, no se computarán como faltas de asistencia las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, así como tampoco las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

implicar una discriminación indirecta por motivos de discapacidad. Las razones que llevan a formular esta cuestión por el órgano jurisdiccional remitente se justifican, esencialmente, en la inexistencia de consideración con relación a la integración de las personas con discapacidad en el marco del artículo 52.d del TRLET⁶⁰⁸.

La única cuestión prejudicial propuesta por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca es resuelta por el TJUE de forma ciertamente peculiar. En efecto, el Tribunal opta por entender que se opone al Derecho de la Unión Europea una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a sus faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador. Esta incompatibilidad en relación con la Directiva 2000/78 no es absoluta, y admite como excepción la constatación de una finalidad, consistente en combatir el absentismo, siempre y cuando no vaya más allá de lo necesario para alcanzar este propósito. Así pues, serán contrarias al Derecho de la Unión Europea todas aquellas normativas nacionales que permitan extinguir el contrato de trabajo de un trabajador con discapacidad debido a sus ausencias, aún justificadas, al trabajo que sean debidas a su discapacidad, salvo que la legislación en cuestión contemple como finalidad combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad. Sin embargo, el aspecto más sorprendente de la decisión del TJUE es que atribuye esta responsabilidad al órgano jurisdiccional remitente, cuestión esta que será examinada más adelante.

Para llegar a esta conclusión, el TJUE empieza justificando la posibilidad de que la obesidad pueda ser considerada una discapacidad a efectos de otorgar la protección que ofrece la Directiva 2000/78, que comprende la discriminación por motivos de discapacidad. En este punto, cita a la STJUE de 18 de diciembre de

⁶⁰⁸ Véase el apartado 23 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17, que cita a la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, para poner de relieve que el legislador español, a diferencia de la normativa danesa, no contempla una política de integración de los trabajadores discapacitados que incentive la contratación de trabajadores con un riesgo particular de incurrir en bajas por enfermedad de manera repetida.

2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463⁶⁰⁹. En el marco de esta sentencia, el Tribunal ya reconoció esta posibilidad, siempre y cuando la obesidad del trabajador impida *su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitan realizar su trabajo o que le generen dificultades en el ejercicio de su actividad profesional*⁶¹⁰. A propósito de la existencia de una discapacidad, el TJUE aprovecha la ocasión para clarificar que el reconocimiento nacional de la existencia de una discapacidad no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78⁶¹¹. Esta es una cuestión que puede parecer menor, pero no lo es porque escenifica la voluntad del TJUE de desplegar el paradigma social de tratamiento de la discapacidad que reivindica la CIDPD.

Una vez efectuadas las precisiones anteriores respecto al concepto de persona con discapacidad, el tribunal inicia la valoración de los posibles efectos discriminatorios del artículo 52.d del TRLET. En particular, se inclina por descartar que pueda significar una diferencia de trato directa, pues el mencionado precepto despliega sus efectos de forma idéntica tanto para las personas con discapacidad como para las personas sin discapacidad⁶¹². Ahora bien, la existencia de un mayor riesgo de exposición a ausencias por enfermedad de las personas con discapacidad respecto a personas sin discapacidad supone que la configuración aparentemente neutra del artículo 52.d del TRLET, pueda tener una mayor incidencia sobre las personas con discapacidad.

A fin y efecto de determinar si una regulación nacional que permite despedir a un trabajador por discapacidad por cualquier tipo de ausencias, aún justificadas, se opone al artículo 2.2.b.i Directiva 2000/78, esta sentencia insta a comprobar si los medios aplicados por la normativa nacional para la consecución de esta finalidad son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzarla⁶¹³. Y es en este

⁶⁰⁹ Para un examen en profundidad de este pronunciamiento, véase el apartado 3.5.5.

⁶¹⁰ Véase el apartado 60 de la STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463., examinada en el apartado 3.5.5 de este estudio.

⁶¹¹ Véase el apartado 32 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

⁶¹² Véase el apartado 37 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

⁶¹³ Véase el apartado 45 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

punto en el que se produce una situación poco habitual⁶¹⁴: el tribunal remite el análisis de este aspecto al órgano jurisdiccional remitente. Para ello, ofrece como pautas la verificación de dos cuestiones: a) valorar si el artículo 52.d del TRLET ostenta un efecto incentivador para la contratación y mantenimiento del empleo⁶¹⁵; y b) determinar si el legislador español omitió datos relevantes en relación con los trabajadores con discapacidad⁶¹⁶.

Así pues, el TJUE no se pronuncia de forma directa sobre la compatibilidad del artículo 52.d del TRLET con relación al artículo 2.2.b.i de la Directiva 2000/78, aunque sí que mantiene la doctrina sentada en la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, que sostiene que el artículo 2.2.b.i de la Directiva 2000/78 se opone a una legislación nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a faltas de asistencia, aún justificadas, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar. No obstante, esta sentencia parece indicar entre líneas la incompatibilidad del precepto español, pues se encarga de apreciar que las situaciones por motivo de enfermedad del trabajador que no computan a efectos de faltas de asistencia ex artículo 52.d del TRLET no son suficientes, dado que no *cubren la totalidad de las situaciones de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78*⁶¹⁷.

En líneas generales, puede parecer una sentencia sin contenido trascendental, ya que el núcleo de la cuestión prejudicial planteada, a saber, el posible carácter discriminatorio del artículo 52.d del TRLET, no es resuelto en sede europea, y se remite a la decisión del órgano judicial que planteó la cuestión. No obstante, el TJUE efectúa una serie de observaciones sobre algunos aspectos aún no

⁶¹⁴ El único precedente en el que el Tribunal optó por una opción similar fue en el marco de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, cuyo apartado 90 indicó: "A este respecto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si el legislador danés, al perseguir los objetivos legítimos de la promoción de la contratación de las personas enfermas, por un lado, y de un equilibrio razonable entre los intereses opuestos del empleado y del empleador en lo que atañe a las bajas por enfermedad, por otro lado, no tuvo en cuenta datos relevantes que se refieren, en particular, a los trabajadores con discapacidad".

⁶¹⁵ Véase el apartado 48 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

⁶¹⁶ Véase el apartado 50 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

⁶¹⁷ Véase el apartado 54 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

resueltos, que permiten detectar la posición de este órgano sobre cuestiones pendientes con relación a la discriminación por razón de discapacidad.

En primer lugar, llama la atención la denuncia indirecta del TJUE a propósito de la compatibilidad del concepto de persona con discapacidad europeo y nacional, como manifestación del despliegue del paradigma social de tratamiento de la discapacidad en el Derecho de la Unión Europea. El modelo social de tratamiento de la discapacidad es el paradigma de tratamiento que reivindica la CIDPD, tal y como se ha indicado en este estudio⁶¹⁸. La adhesión de la Unión Europea al mencionado texto internacional fue un paso más en la implementación efectiva del modelo social. Esta circunstancia tuvo una gran repercusión en la doctrina del TJUE sobre el concepto de persona con discapacidad, pues la primera sentencia dictada con posterioridad a la ratificación de la CIDPD por la Unión Europea, que fue la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C 335/11 y C 337/11, EU:C:2013:222, supuso un cambio de tendencia muy destacado, al asimilar la enfermedad a la discapacidad, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos⁶¹⁹.

Desde ese momento, el TJUE muestra una especial sensibilidad en la expansión del concepto de persona con discapacidad, característica esta propia de la definición que propugna la CIDPD, incluyendo por ejemplo la obesidad, si bien también ha excluido otras situaciones más discutibles⁶²⁰. Esta expansión forma parte de un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, y simboliza el tránsito del modelo médico, excluyente por naturaleza, al modelo social, que aboga por la plena inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad. De esta manera, el TJUE ha asumido la responsabilidad de la implementación judicial del modelo social de tratamiento de la discapacidad, y actúa *de facto* como órgano que guía la interpretación de esta transición.

⁶¹⁸ Véase el apartado 2.3.3 de esta obra.

⁶¹⁹ A saber, la existencia de una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, y que esta impida la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Para un examen en profundidad sobre este pronunciamiento judicial, véase el epígrafe 3.5.3 de este estudio.

⁶²⁰ Véase la STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12, EU:C:2014:159, que entendió que la imposibilidad de tener hijos de una trabajadora no era una limitación dificultase la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Para un análisis crítico sobre esta cuestión, véase WADDINGTON, L., "Saying All the Right Things and Still Getting it Wrong", *op. cit.*, pág. 585, así como el apartado 3.5.4 de esta obra.

Ahora bien, algunos países no han procedido a adoptar una interpretación del concepto de persona con discapacidad conforme a la CIDPD, que materialice el cambio de modelo de tratamiento de la discapacidad. Este es el caso de España, que mantiene una configuración del concepto de persona con discapacidad, actualmente regulada en el marco del artículo 4 de la LGDPCD a caballo entre el paradigma médico (artículo 4.1 de la LGDPCD) y social (art. 4.2 de la LGDPCD). Y sobre esta cuestión, el TJUE efectúa algunas apreciaciones que merecen ser destacadas. En efecto, la sentencia objeto de análisis⁶²¹, así como las conclusiones del Abogado General⁶²², ponen de manifiesto que el concepto de persona con discapacidad europeo no siempre coincide con el reconocimiento de la condición de persona con discapacidad en el Derecho nacional, y, por lo tanto, *la condición de discapacitado a efectos del Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78*⁶²³. En este sentido, este pronunciamiento judicial advierte, de forma indirecta⁶²⁴, que el reconocimiento de la condición de persona con discapacidad basado en la determinación de un porcentaje no es automáticamente homologable al concepto de persona con discapacidad europeo, y, en consecuencia, se trata de un claro reducto del modelo médico que debe abandonarse.

Si bien es cierto que el TJUE pasa por alto el desarrollo de este aspecto, que aún no ha sido objeto de cuestión prejudicial, es patente la advertencia que efectúa a los Estados miembro, señalando que la protección que confiere la Directiva 2000/78 sólo se extiende a aquellas personas con discapacidad que presenten *una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores*. En este sentido, será el juez nacional quien deba verificar si la limitación de la

⁶²¹ Véase apartados 32 y 33 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

⁶²² Véase apartado 23 de las conclusiones de la Abogado General de 19 de octubre de 2017, C-270/16, EU:C:2017:788.

⁶²³ Véase apartado 32 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

⁶²⁴ Véase el apartado 32 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

capacidad ha de calificarse de discapacidad a efectos de la aplicación de la protección de la Directiva 2000/78⁶²⁵.

De esta manera, el TJUE mantiene un concepto de persona con discapacidad totalmente alineado con el de la CIDPD, pero contextualizado en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, que se suma al de los pronunciamientos anteriores dictados por el TJUE⁶²⁶, y clarifica una cuestión que no se hallaba resuelta hasta la fecha: el encaje de la limitación de la capacidad profesional en los países que utilizan un sistema de porcentajes para determinar la existencia de discapacidad⁶²⁷.

Este pronunciamiento judicial continúa, pues, con el despliegue judicial de la implementación del paradigma social de tratamiento de la discapacidad, y pone de relieve las tensiones, aún existentes, entre el modelo médico y social de tratamiento de la discapacidad. La ratificación de la CIDPD simbolizó, como ya se ha indicado, la pretensión de abandonar el modelo médico de tratamiento de la discapacidad, pero el tránsito entre ambos paradigmas no se ha acabado de efectuar, y el TJUE apuesta por una solución basada en la armonización judicial, pues deriva la homologación entre el concepto europeo y nacional de persona con discapacidad al juez nacional.

En segundo lugar, conviene detenerse en el núcleo esencial de este pronunciamiento, que es, como ya habrá podido deducirse, la determinación del carácter discriminatorio, respecto a los trabajadores con discapacidad, de las regulaciones nacionales de las extinciones basadas en las faltas de asistencia al

⁶²⁵ Véase apartado 33 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

⁶²⁶ El exponente más cercano temporalmente es la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917, que concretó el significado del requisito "larga duración" del concepto de persona con discapacidad. Para un examen en profundidad sobre el contenido y repercusión de esta sentencia, véase, además del apartado 3.5.6 de este estudio, CARDO RODRÍGUEZ, I., "Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?", *op. cit.*; WADDINGTON, L., "EHRC 2017/29 HvJ EU, 01-12-2016, C-395/15 Non-discriminatie, Handicap, Definitie van de grond handicapt, Begrip langdurige beperkingen", *op. cit.*; AGUSTI MARAGALL, J., "El «Caso Daouidi»: iter procesal, preguntas y respuestas. La objetivación de la «limitación duradera» como situación de discapacidad", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, vol. 6, 2017, págs. 118-136; DESDENTADO DAROCA, E., "El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas", *Revista de información laboral*, vol. 3, 2017, págs. 119-143.

⁶²⁷ Este problema ya fue advertido en su momento por WADDINGTON, L., "HK Danmark (Ring and Skouboe Werge): Interpreting the EU Equality Law in Light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *op. cit.*, pág. 21, que puso de relieve que la exigencia de un grado mínimo de discapacidad el requisito de un determinado nivel o porcentaje de discapacidad o capacidad de trabajo reducida no encaja en el modelo social de tratamiento de la discapacidad.

trabajo, aún justificadas. En este sentido, la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17 no ofrece una respuesta directa, pues sostiene que tal decisión no corresponde al TJUE sino al órgano judicial remitente, pero se suma a otros pronunciamientos que han planteado problemas de compatibilidad en relación con la extinción del contrato de trabajo de personas con discapacidad⁶²⁸. No obstante, el TJUE no deriva la discusión al órgano judicial español, sino que se encarga de descartar la discriminación directa⁶²⁹, enmarcando el análisis del artículo 52.d del TRLET como causante de una posible diferencia de trato indirecta, ya que un trabajador con discapacidad está más expuesto a su aplicación por una enfermedad relacionada con su discapacidad⁶³⁰.

En este punto, este pronunciamiento pretende guiar el análisis que debe efectuarse por el órgano judicial español⁶³¹, advirtiendo, a modo de aviso para otros estados miembros, que el examen de esta cuestión exige abordar tres aspectos: a) que la diferencia de trato se halle justificada por una finalidad legítima; b) que los medios aplicados para su consecución sean adecuados; y c) que los citados medios no vayan más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad prevista por el legislador.

En el marco de esta sentencia, el TJUE reconoce que combatir el absentismo laboral, que es la razón principal esgrimida por el Gobierno español en sus observaciones escritas⁶³², es una finalidad legítima⁶³³, reduciendo así los términos

⁶²⁸ La STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917 fue especialmente sensible al despido de trabajadores en situaciones de incapacidad temporal. Para un examen en profundidad sobre esta problemática, véase CARRIZOSA PRIETO, E., “Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol. 96, 2008, págs. 267-286; FERNÁNDEZ MARTINEZ, S., “Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, vol. 28, 2017, págs. 77-82; HIERRO HIERRO, F.J., “Despido y procesos de incapacidad temporal: una aproximación a la doctrina judicial y jurisprudencial española antes y tras la STJUE de 1 de diciembre de 2015, Daouidi, C-395/15”, *Revista Galega de Dereito Social*, págs. 1-23 (en prensa); ITURRI GÁRATE, J.C., “La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 6, 2017, págs. 91-117.

⁶²⁹ El apartado 37 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17 constata que los motivos que permiten extinguir la relación laboral ex artículo 52.d del TRLET *no están indisociablemente ligados a la discapacidad*, y, por lo tanto, no cabe considerar que dicha disposición confiera un trato desigual directo a las personas con discapacidad.

⁶³⁰ Véase el apartado 39 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

⁶³¹ Esta facultad ya fue plasmada en el apartado 35 de la Sentencia de 15 de abril de 2010, Sandström, C-433/05, Rec. p. I-2885, y recordada en el apartado 61 de la Sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222

⁶³² Véase el apartado 41 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

⁶³³ Véase el apartado 44 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

del debate a los dos aspectos restantes. Aquí, el TJUE se encarga de reproducir los argumentos esgrimidos por el Gobierno español, y dirigir el examen de la cuestión de tal forma que el órgano judicial español debe *verificar si los datos numéricos recogidos en el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores se han concebido efectivamente para responder a la finalidad de combatir el absentismo laboral, sin incluir ausencias meramente puntuales y esporádicas*⁶³⁴, centrándose especialmente en los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo laboral⁶³⁵. Y, además, comprobar si el artículo 52.d del TRLET tiene, respecto a los empresarios, el efecto de un incentivo para la contratación y el mantenimiento en el puesto de trabajo⁶³⁶, y a su vez, el perjuicio que puede ocasionar a las personas con discapacidad⁶³⁷, con especial consideración del impacto de la obligación de realizar ajustes razonables para personas con discapacidad en el puesto de trabajo⁶³⁸.

La plasmación de los criterios señalados anteriormente es un hecho muy positivo, ya que el TJUE centra los términos del debate en la discriminación indirecta, y fija una serie de pautas que permiten a otros Estados miembros conocer los factores que a valorar a efectos de determinar el posible efecto discriminatorio indirecto del régimen legal extintivo debido a faltas de asistencia justificadas. No obstante, debe criticarse la escasa importancia que presta el tribunal a los efectos de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo en el marco de este tipo de causa de extinción⁶³⁹. A diferencia de las conclusiones de la Abogado General⁶⁴⁰, el TJUE tan sólo exige su valoración al órgano judicial remitente,

⁶³⁴ Véase el apartado 46 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

⁶³⁵ Véase el apartado 47 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

⁶³⁶ Véase el apartado 48 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

⁶³⁷ Véase el apartado 49 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

⁶³⁸ Véase el apartado 55 de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17.

⁶³⁹ Para un examen de algunas de las cuestiones más importantes que plantea esta obligación, véase GOÑI SEÍN, J.L.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, Navarra, 2015; RODRÍGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., “Las medidas de ajuste razonable y su exención por carga excesiva”, *Trabajo y Derecho*, vol. 6, 2017, págs. 50-63; y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo: Una visión internacional y europea de su configuración y eficacia como mecanismo de control a las extinciones de personas con discapacidad”, cit., págs. 64-90.

⁶⁴⁰ Las conclusiones de la Abogado General de 19 de octubre de 2017, C-270/16, EU:C:2017:788 sostienen que el análisis del cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables debe preceder a la aplicación del régimen extintivo por faltas de asistencia, y su incumplimiento convierte el despido en discriminatorio. De esta manera, las mencionadas conclusiones sostienen el carácter de la obligación de realizar ajustes razonables como control previo a la extinción de trabajadores con discapacidad, tesis esta que ya fue

omitiendo efectuar una referencia al impacto de esta obligación en el marco de aquellas causas extintivas que tengan un especial impacto en personas con discapacidad. En mi opinión, este pronunciamiento deja escapar una fantástica oportunidad para desarrollar la compatibilidad de esta medida de acción antidiscriminatoria, que no de acción positiva⁶⁴¹, en los ordenamientos jurídicos nacionales, y especialmente, como medida previa de necesaria exigencia en las extinciones de trabajadores con discapacidad. En este punto, hubiera podido destacarse que la correcta implementación del mencionado deber empresarial exige la acomodación de las distintas instituciones de derecho nacional que afecten al ámbito objetivo de la obligación, especialmente al acceso al empleo y a la extinción del contrato de trabajo de estos trabajadores.

En otro orden de cosas, esta sentencia muestra una tendencia cada vez más frecuente por el TJUE: la remisión del control de compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales. En efecto, el tribunal delega la decisión final al órgano judicial remitente, tratando de facilitar criterios, en sede europea, para guiar el examen de la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea. Tal forma de proceder sitúa fácticamente al TJUE como un órgano pseudoconsultivo a nivel europeo, y garantiza que un operador cualificado como es el órgano jurisdiccional nacional, que conoce en profundidad el ordenamiento jurídico en el que opera, tome la decisión final. Esta circunstancia sitúa a los órganos jurisdiccionales nacionales en una posición ciertamente delicada, pues han de valorar si la legislación del Estado miembro en el que ejercen sus funciones se adapta al Derecho de la Unión Europea, función esta que en mi opinión va más allá de la exigencia de aplicación del Derecho de la

defendida por GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo: Una visión internacional y europea de su configuración y eficacia como mecanismo de control a las extinciones de personas con discapacidad”, *op. cit.*, págs.77-79.

⁶⁴¹ La confusión de los ajustes razonables como medida de acción positiva se ha producido, tal y como señalan WADDINGTON, L.; BELL, M., “Exploring the Boundaries of Positive Action under EU: A Search for Conceptual Clarity”, *op. cit.*, págs. 1516 y 1517, tanto a nivel judicial como legislativo europeo (Bélgica y Portugal).

Los mencionados autores defienden que la caracterización ideal de esta obligación debe incardinarse como un tipo particular de disposición antidiscriminatoria basada en un modelo distinto de lucha contra la discriminación, pues se trata de una disposición obligatoria – a diferencia de algunas de las medidas de acción positiva- y ostenta un carácter individual que la hace única. Una explicación detallada sobre esta discusión puede hallarse en WADDINGTON, L.; HENDRIKS, A., “Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe”, *op. cit.*, págs. 403–428.

Unión Europea al amparo del artículo 4.bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

No obstante, esta situación plantea ciertas cuestiones no resueltas de carácter procesal, relacionadas con el alcance de la Sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Cuenca en caso de considerar discriminatoria la extinción prevista en el artículo 52.d del TRLET. Así, por ejemplo, ¿en qué términos vinculará la Sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Cuenca en caso de considerar que el artículo 52.d del TRELt es discriminatorio para las personas con discapacidad? ¿podrá la representación procesal de la empresa discutir la calificación de discriminatoria, en su caso, del art. 52.d del TRLET?, o, por último, ¿podrá, en su caso, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, y/o el Tribunal Supremo, revocar la decisión de considerar discriminatorio, en su caso, el art. 52.d TRLET? Como puede observarse, la remisión nacional por parte del TJUE es una práctica que requeriría clarificar, a nivel procesal, la eficacia de las sentencias nacionales de los órganos judiciales que remiten cuestiones prejudiciales, y en particular, los términos del debate que pueden ser objeto de recurso, cuestión esta sobre la que no se profundizará en el marco de este estudio por razones temáticas.

CAPÍTULO 4: LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES EN EL PUESTO DE TRABAJO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO UNA INSTITUCIÓN TRANSNACIONAL PARA LOGRAR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

La obligación de realizar ajustes razonables es una institución que ha aparecido como un mecanismo de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en distintos ordenamientos jurídicos. A raíz de la aprobación de la Directiva 2000/78, esta obligación adquirió una mayor importancia a nivel europeo, pues todos los Estados miembro de la UE se obligaron a transponer esta obligación a sus ordenamientos jurídicos. Sin embargo, la existencia de este mecanismo es anterior a la Directiva 2000/78, y, por ende, este capítulo abarca el estudio de la evolución de la obligación de realizar ajustes razonables para el puesto de trabajo de personas con discapacidad en distintos ordenamientos jurídicos.

La selección de países para efectuar este análisis comparado, que permitirá al lector examinar la evolución global de la obligación de realizar ajustes razonables, se ha basado en la existencia de diferencias significativas en la configuración de la obligación. De esta manera, el lector podrá apreciar cómo el entorno cultural y social afecta a la caracterización y eficacia de esta obligación. Los ordenamientos jurídicos que serán objeto de análisis serán Estados Unidos de América, Canadá, Reino Unido y Francia. La justificación de dicha selección se fundamenta en que todos ellos han contribuido significativamente a la evolución y configuración actual del deber empresarial objeto de estudio. En el caso de Estados Unidos de América, se trata de uno de los países pioneros en regular esta obligación. No obstante, Canadá, también fue uno de los primeros ordenamientos jurídicos en regular esta obligación, y, de hecho, ambos han sido claras referencias a la hora de integrar la obligación a nivel europeo. Reino Unido fue el primer país en regular la obligación objeto de estudio en el ámbito europeo, de forma previa a la aprobación de la Directiva 2000/78. Por último, Francia, destaca por ser un país

próximo al ordenamiento jurídico español, que ha optado por instrumentar el deber empresarial objeto de estudio de forma ligeramente distinta al ordenamiento jurídico español.

En todos los casos, se efectuará un análisis previo del concepto legal de persona con discapacidad, a fin de ofrecer un marco conceptual introductorio que permita entender el ámbito subjetivo de aplicación de la obligación. A continuación, se procederá al examen de la configuración legal de la obligación de realizar ajustes razonables, análisis centrado en dos aspectos fundamentales: el concepto de ajuste razonable y la configuración de la carga excesiva. Por último, serán objeto de examen las consecuencias derivadas del incumplimiento de este deber empresarial.

Asimismo, el texto completo de los preceptos que se indicarán en el marco de este capítulo puede ser consultado en el apartado “anexos” del presente estudio, que también incluye una relación de las sentencias citadas. No obstante, se ha reproducido el contenido de los preceptos extranjeros en aquellos momentos en los que el texto se refiere a ellos, mediante citas a pie de página que recogen la redacción literal de los artículos, a fin y efecto de facilitar y agilizar la lectura y comprensión de los sistemas jurídicos analizados.

4.1. Estados Unidos de América

4.1.1. Antecedentes históricos

Uno de los países pioneros a la hora de contemplar medidas de ajuste del puesto de trabajo como mecanismo de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad fue Estados Unidos de América. El concepto de ajuste razonable fue introducido en el sistema jurídico norteamericano con la aprobación de la EEOA en 1972, que modificó la sección 701 de la CRA de 1964⁶⁴². Esta norma supuso

⁶⁴² Técnicamente, el apartado séptimo de la sección segunda de la EEOA introdujo la letra j) en la sección 701 del Título VII de la CRA, cuyo contenido se transcribe a continuación: “j) *The term 'religion' includes all aspects of religious observance and practice, as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee's or prospective employee's religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer's Business*”.

Un análisis del proceso de formación legislativo de esta norma puede hallarse en HILL, H., “The Equal Employment Opportunity Acts of 1964 and 1972: A Critical Analysis of the Legislative History and Administration of the Law”, *Industrial Relations Law Journal*, vol. 2, 1, 1977, pág. 1-96.

una gran contribución a la lucha por la no discriminación y la igualdad de oportunidades, y aunque *circunscribió su campo de actuación al ámbito de la libertad religiosa*⁶⁴³, significó la creación de una obligación que requería al empresario la modificación de aquellas condiciones de trabajo que no permitieran el ejercicio efectivo del derecho a la libertad religiosa⁶⁴⁴. En este sentido, permitió la construcción de unas bases sólidas para la extensión de la obligación de realizar ajustes razonables a otros ámbitos en los se requerían adaptaciones de las condiciones de trabajo para garantizar la no discriminación y la igualdad de oportunidades.

Desde una óptica laboral, interesa destacar que la EEOC⁶⁴⁵, ya había adoptado previamente una definición sobre el término “religión” en supuestos de discriminación por razones de fe⁶⁴⁶, y la citada modificación de la sección 701 derivó en la aprobación de una serie de directrices en las que se desarrollaron cómo debían llevarse a cabo las adaptaciones derivadas de la profesión de creencias religiosas por el trabajador⁶⁴⁷.

La siguiente norma que debe destacarse fue la *Rehabilitation Act*, ley federal promulgada el 26 de septiembre de 1973. Esta ley estadounidense fue la primera que prohibió la discriminación por razón de discapacidad y, a tal efecto, estableció un programa de acción positiva, significando la toma de conciencia de los

⁶⁴³ Vid. LAWSON, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pág. 5 y RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 127, 2014., pág. 86 *in fine*.

⁶⁴⁴ Concretamente, la innovación que ofrecía dicho precepto fue la definición legal del término “*religion*”, que hasta la fecha fue construido jurisprudencialmente por el TS de Estados Unidos en sus sentencias *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965) y *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970), entre otras, relativas a la obligatoriedad de realizar el servicio militar.

⁶⁴⁵ Este organismo es una agencia federal del Gobierno de los Estados Unidos que se encarga del control del cumplimiento de las normas en materia de no discriminación por razón de sexo, raza, color, origen, religión, sexo, edad, discapacidad e información genética en el empleo. Para ello, tiene potestad para recibir denuncias de trabajadores, investigarlas y personarse en cualquier causa judicial, entre otras facultades. De hecho, la intervención judicial de esta agencia federal ha sido muy prolífica, ya que han actuado como parte en las sentencias más importantes en materia de ajustes razonables y no discriminación por razón de discapacidad.

Para un examen exhaustivo sobre las actuaciones que puede realizar en materia de ajustes razonables, véase https://www.eeoc.gov/eeoc/internal/reasonable_accommodation.cfm#C

⁶⁴⁶ Vid. DADAKIS, J. D.; RUSSO, T.R., “Religious Discrimination in Employment: The 1972 Amendment – A Perspective”, *Fordham Urban Law Journal*, vol. 3, 2, 1974., pág. 329-330, y WADDINGTON, L.; HENDRIKS, A., “Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe”, *op. cit.*, pág. 413.

⁶⁴⁷ Vid. sección 1605.1 y 1605.2 del título 29 del C.F.R.

numerosos obstáculos que las personas con discapacidad han de sortear⁶⁴⁸. La redacción inicial de esta norma plasmó, en el apartado a) de la sección 503, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para contratar personas con discapacidad a todos aquellos empresarios contratados o subcontratados por el Gobierno⁶⁴⁹, siempre y cuando la cuantía de la prestación superase el importe de dos mil quinientos dólares. A dicha disposición se la acompañó de un mecanismo coercitivo mediante el cual se estableció la posibilidad de que la persona con discapacidad que considere vulnerada dicha disposición pueda interponer una denuncia ante el *Department of Labor*, el cual deberá investigar lo sucedido. Sin embargo, la gran contribución de esta norma se halla en la sección 505, introducida en 1978 por la sección 120.a de la *Rehabilitation, Comprehensive Services, and Developmental Disabilities Amendments of 1978*⁶⁵⁰, según la cual los tribunales, en el marco de las demandas formalizadas al amparo de la sección 717 de la CRA de 1964, deben considerar la razonabilidad del coste de cualquier modificación necesaria del puesto de trabajo y la disponibilidad de alternativas a tal efecto⁶⁵¹. Queda patente, pues, que la *Rehabilitation Act* sentó las bases de la protección de las personas con discapacidad en el ámbito laboral en la esfera

⁶⁴⁸ Para un estudio en profundidad del proceso de gestación normativo de la *Rehabilitation Act*, véase BURGDORF, R., "Substantially Limited. Protection from Disability Discrimination: The Special Treatment Model and Misconstructions of the Definition of Disability", *Villanova Law Review*, vol. 42, 2, 1997, págs. 409-586.

⁶⁴⁹ La redacción literal de la sección 503.a se transcriben a continuación:

"(a) Any contract in excess of \$2,500 entered into by any Federal department or agency for the procurement of personal property and non personal services (including construction) for the United States shall contain a provision requiring that the party contracting with the United States shall take affirmative action to employ and advance in employment qualified individuals with disabilities. The provisions of this section shall apply to any subcontract in excess of \$2,500 entered into by a prime contractor in carrying out any contract for the procurement of personal property and non personal services (including construction) for the United States. The President shall implement the provisions of this section by promulgating regulations within ninety days after the date of enactment of this section.

(b) If any individual with a disability believes any contractor has failed or refused to comply with the provisions of a contract with the United States, relating to employment of individuals with disabilities, such individual may file a complaint with the Department of Labor. The Department shall promptly investigate such complaint and shall take such action thereon as the facts and circumstances warrant, consistent with the terms of such contract and the laws and regulations applicable thereto".

⁶⁵⁰ Esta norma supuso un avance sustancial en la visión integradora de las personas con discapacidad al prever subvenciones destinadas a ofrecer servicios que posibilitasen la vida independiente de este colectivo.

⁶⁵¹ La redacción literal del precepto se transcribe a continuación:

"The remedies, procedures, and rights set forth in section 717 of the Civil Rights Act of 1964 // 29 USC 794a // (42 U. S.C. 2000e-16), including the application of sections 706 (f) through 706 (k) (42 U.S.C. 2000e-5 (f) through (k)), shall be available, with respect to any complaint under section 501 of this Act, to any employee or applicant for employment aggrieved by the final disposition of such complaint, or by the failure to take final action on such complaint. In fashioning an equitable or affirmative action remedy under such section, a court may take into account the reasonableness of the cost of any necessary work place accommodation, and the availability of alternatives therefore or other appropriate relief in order to achieve an equitable and appropriate remedy".

pública, y a pesar de los defectos de los que adolecía⁶⁵², fue el embrión que permitió que la normativa posterior trasladase la obligación de realizar ajustes razonables al ámbito laboral.

Por último, la ADA, fue promulgada por el Congreso de los Estados Unidos de América el día 26 de Julio de 1990, e incluida en el capítulo 126 del título 42 del U.S.C. Sin ánimo de analizar exhaustivamente su proceso de gestación⁶⁵³, sí que conviene señalar que ésta fue la primera norma que introdujo la obligación de realizar ajustes razonables en el ámbito privado⁶⁵⁴, y reflejó, en materia de empleo, tres cuestiones que serían pioneras: la caracterización normativa del término “*reasonable accommodation*”, el alcance del concepto “*undue hardship*” y, aún más importante, identificó como comportamiento discriminatorio la no realización de ajustes razonables, cuestiones estas tan novedosas que incluso inspiraron cambios legislativos en otros países⁶⁵⁵. En este sentido, debe destacarse que la aprobación de la citada norma data de mediados de 1990, fecha ésta en la que muchos de los instrumentos jurídicos internacionales que se hallaban en vigor aún no reflejaban este enfoque de integración laboral, de marcado carácter social, basado en la obligación de realizar ajustes razonables. Este hecho demuestra la gran influencia derivada de esta norma, ya no sólo por su repercusión a nivel norteamericano, sino por marcar una tendencia que se ha seguido en un plano internacional y se ha consolidado como mecanismo de lucha contra la discriminación.

Sin embargo, esta norma presentó, en su versión inicial, una serie de defectos que limitaron su eficacia. El principal inconveniente fue la creación de un concepto de persona con discapacidad excesivamente restrictivo que exigía que el

⁶⁵² Las críticas principales que se le achacan a la *Rehabilitation Act* están relacionadas con su lenguaje sumamente ambiguo, la falta de mecanismos de aplicación de las medidas que se proponen e interpretaciones judiciales que no maximizan la eficacia de la norma, tal y como señala SMITH-DUER, B., “Too Disabled or Not Disabled Enough: Between a Rock and a Hard Place after *Murphy v. United Parcel Service, Inc.*”, *Washington Law Journal*, vol. 39, 2, 1999, pág. 261.

⁶⁵³ Para un estudio en profundidad, véase MAYERSON, A., “The Americans with Disabilities Act: An Historic Overview”, *The Labor Lawyer*, vol. 7, 1, 1991, págs. 1-9 y LOCKE, S., “The Incredible Shrinking Protected Class: Redefining the Scope of Under the Americans with Disability Act”, *University of Colorado Law Review*, vol. 68, 1997, pág. 110-112.

⁶⁵⁴ Vid. LAWSON, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, *op. cit.*, pág. 5.

⁶⁵⁵ Así lo afirma DEGENER, T., “Disability Discrimination Law: A global Comparative Approach”, *op. cit.*, pág. 89 que sostiene que el impacto internacional que supuso la ADA fue superior incluso a los efectos nacionales que supuso su aprobación.

trabajador presentase limitaciones sustanciales en el desarrollo de su vida cotidiana. De esta manera, las medidas de igualdad de oportunidades y de no discriminación contenidas en la ADA, y especialmente la obligación de realizar ajustes razonables, se aplicaban sólo a aquellas personas que cumplieran y demostrasen tales requisitos, plasmando así lo que la doctrina denominó una clase protegida de personas con discapacidad⁶⁵⁶.

A este esquema, ya de por sí sumamente rígido y limitador, se le sumó una línea jurisprudencial del TS de los Estados Unidos que dinamitó la voluntad protectora de la norma⁶⁵⁷, y redujo el efecto positivo de otros pronunciamientos favorables a la ampliación del concepto de persona con discapacidad⁶⁵⁸. En concreto, el Alto Tribunal centraba la discusión jurídica en la interpretación del término “limitaciones sustanciales”, el cual no se hallaba concretado por la norma y debía ser definido *ad casum*. El criterio interpretativo sumamente restrictivo que el TS empleó en la interpretación de la ADA se justificó por la necesidad de homogeneizar la calificación de persona con discapacidad⁶⁵⁹, que dio como resultado la exclusión del ámbito subjetivo de la norma a aquellas personas con discapacidad que no presentaban limitaciones sustanciales en su vida diaria, pero que a su vez requerían adaptaciones para desarrollar sus tareas profesionales. De esta manera, queda patente una interpretación de la ADA que, planteada en un ámbito como son los ajustes razonables, requería el análisis de circunstancias personales de la vida diaria del trabajador. Así, el Alto Tribunal sostenía una interpretación descontextualizada y torticera de la ADA, que requería como punto

⁶⁵⁶ Vid. JOLLS, C., “Accommodation Mandates”, *Stanford Law Review*, vol. 53, 2000, pág. 273.

⁶⁵⁷ Vid. las sentencias del TS, *Albertson's, Inc. v. Kirkingburg* 527 U.S. 555 (1999); *Murphy v. United Parcel Service, Inc.*, 527 U.S. 516 (1999); *Sutton et al. v. United Airlines, Inc.*, 527 U.S. 471 (1999) y *Toyota Motor Mfg., Ky., Inc. v. Williams*, 534 U.S. 184 (2002).

Para un análisis en profundidad de tales pronunciamientos judiciales, véase BARHORST STACIE, E., “What Does Disability Mean: The Americans with Disabilities Act of 1990 in the Aftermath of Sutton, Murphy, and Albertsons”, *Drake Law Review*, vol. 49, 1999, págs. 138-171; SMITH-DUER, B., “Too Disabled or Not Disabled Enough: Between a Rock and a Hard Place after Murphy v. United Parcel Service, Inc”, *op. cit.*, págs. 255-272; DUNCAN, A., “Defining disability in the ADA: Sutton v. United Airlines, Inc”, *Louisiana Law Review*, vol. 60, 3, 2000, págs. 967-984; ANNAS, K.R., “Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams: Part of an Emerging Trend of Supreme Court Cases Narrowing the Scope of the ADA”, *North Carolina Law Review*, vol. 81, 2, 2003., págs. 835-852.

⁶⁵⁸ En este sentido, las sentencias del TS más destacadas han sido *Pennsylvania. Department of Corrections v. Yeskey*, 524 U.S. 206 (1998); *Bragdon v. Abbott*, 524 U.S. 624 (1998); *Olmstead v. L. C.*, 527 U.S. 581 (1999); *PGA Tour, Inc. v. Martin*, 532 U.S. 661 (2001); y *Tennessee v. Lane*, 541 U.S. 509 (2004); tal y como señala BURGDORF, R., “Restoring the ADA and Beyond: Disability in the 21st Century”, *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights*, vol. 13, 2, 2008, pág. 255.

⁶⁵⁹ Concretamente, el Alto Tribunal concreta que la definición de persona con discapacidad “*need to be interpreted strictly to create a demanding standard for qualifying as disabled*”, tal y como puede apreciarse en *Toyota Motor Mfg., Ky., Inc. v. Williams*, 534 U.S. 184, (2002), apartado III.

de partida un examen preliminar para determinar si el trabajador podía ser calificado como persona con discapacidad, totalmente desconectado de los requisitos propios de los ajustes razonables en el puesto de trabajo. En consecuencia, la exigencia de las medidas no discriminatorias sólo era posible en casos muy puntuales, impidiendo una aplicación mayoritaria de la norma.

La magnitud de los efectos negativos fue tal que no tardaron en generarse discusiones doctrinales respecto a los efectos de la ADA en materia de empleo de las personas con discapacidad. En este sentido, algunos autores se mostraron especialmente críticos⁶⁶⁰, sosteniendo que la obligación de realizar ajustes razonables añadió un coste económico a los empresarios, y, en consecuencia, ha significado un descenso del empleo de las personas con discapacidad en Estados Unidos. En contraposición, otros autores han defendido desde una perspectiva social que, si bien el coste de efectuar los ajustes razonables puede ser significativo, resulta, en términos de empleo, más eficiente que los empresarios contraten a personas con discapacidad y asuman dicho coste⁶⁶¹. En este sentido, se sostiene que la incorporación a la estructura empresarial de estos trabajadores permite, en un plazo relativo de tiempo, recuperar el coste de la adaptación del puesto de trabajo, y, en cualquier caso, la asunción de dicho coste es más eficiente que el pago de prestaciones a trabajadores con discapacidad.

Las carencias que presentaba la redacción original de la ADA requirieron una modificación sustancial del texto legal, y así se produjo en el año 2008. La reforma de la ADA, cuyo título fue ADAAA, entró en vigor el 1 de enero de 2009, e introdujo cambios normativos que rechazaban de plano la tesis homogeneizadora, y sumamente excluyente sostenida por el TS⁶⁶². En particular, la norma amplió el

⁶⁶⁰ Vid. DELEIRE, T., "The Unintended Consequences of the Americans with Disabilities Act", *Regulation*, vol. 23, 1, 2000, págs. 21-24; JOLLS, C., "Accommodation Mandates", *op. cit.*, pág. 273 y ACEMOGLU, D.; ANGIKST, J.D., "Consequences of Employment Protection? The Case of the Americans with Disabilities Act", *Journal of Political Economy*, vol. 109, 5, 2001, págs. 915-957.

⁶⁶¹ Vid. STEIN, M.A., "Labor Markets, Rationality, and Workers with Disabilities", *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 21, 2000, págs. 314-334; BLANCK, P., "Calibrating the Impact of the ADA's Employment Provisions", *Stanford Law & Policy Review*, vol. 14, 2, 2003, págs. 267-290; KRUSE, D.; SCHUR, L., "Employment of People with Disabilities Following the ADA", *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, vol. 42, 1, 2003, págs. 31-66.

⁶⁶² La ADAAA recoge explícitamente, en la sección 2.a "Findings and purposes", particularmente los apartados 4 a 8, la voluntad de reconducir la doctrina jurisprudencial del TS la cual "have narrowed the broad scope of protection intended to be afforded by the ADA, thus eliminating protection for many individuals whom Congress intended to protect".

concepto de persona con discapacidad⁶⁶³, eliminó la ponderación de circunstancias individuales mitigadoras consideradas hasta aquel momento para la determinación de la existencia de discapacidad⁶⁶⁴, definió el término “*major life activity*” e incluyó una extensa lista –a título de ejemplo- de las actividades incardinadas en este término⁶⁶⁵, entre otras modificaciones⁶⁶⁶.

Como ya ha podido observarse, los cambios más importantes que introdujo la ADAAA no afectaron directamente a la obligación de realizar ajustes razonables, sino que se centraron en aspectos de incidencia indirecta de la obligación. Es cierto que la norma sigue presentando limitaciones⁶⁶⁷, pero las modificaciones de 2008 mejoraron la eficacia del cumplimiento de del deber empresarial objeto de estudio, facilitando su exigencia en un mayor número de supuestos, y extendiendo el ámbito protector de la ADA.

4.1.2. El concepto de persona con discapacidad

El concepto de persona con discapacidad en el ámbito del empleo se halla regulado en la sección 12102 del título 42 del U.S.C. Este precepto, que consta de cuatro subapartados, configura un concepto de discapacidad amplio, que incluye, mediante el primer subapartado, tres situaciones alternativas que darán lugar a la consideración del trabajador como persona con discapacidad⁶⁶⁸.

⁶⁶³ Vid. Sección 4.a de la ADAAA.

⁶⁶⁴ Vid. Sección 4.a de la ADAAA, que modifica la Sección 3.4.e de la ADA.

⁶⁶⁵ Vid. Sección 4.a de la ADAAA, que modifica la Sección 3.2 de la ADA.

⁶⁶⁶ Para un estudio en profundidad de los cambios introducidos por la ADAAA, véase LONG, A., “Introducing the New and Improved Americans with Disabilities Act: Assessing the ADA Amendments Act of 2008”, *Northwestern University Law Review*, vol. 103, 2008, págs. 217-229; BARRY, K., “Toward Universalism: What the ADA Amendments Act of 2008 Can and Can't Do for Disability Rights”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 31, 2, 2010, págs. 203-284; BEFORT, S., “An Empirical Analysis of Case Outcomes Under the ADA Amendments Act”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 70, 2013, págs. 2042-2045.

⁶⁶⁷ Vid. LONG, A., “Introducing the New and Improved Americans with Disabilities Act: Assessing the ADA Amendments Act of 2008”, *op. cit.*, págs. 226-229 que señala como cuestiones no resueltas: a) el mantenimiento de la “*single-job rule*”, según la cual se exige que la discapacidad impida o dificulte la realización de trabajos incluidos en grupos profesionales, y no centrados exclusivamente en las tareas habituales del trabajador, tal y como se señaló en la sentencia del TS, *Sutton et al. v. United Airlines, Inc.*, 527 U.S. 471 (1999); b) la falta de cobertura de la definición del término “discapacidad” respecto a aquellas patologías que son de naturaleza transitoria o temporal; c) el silencio normativo respecto a si la interacción social con otras personas debe considerarse una actividad cotidiana en el marco del apartado segundo de la sección 12102 del título 42 del U.S.C., cuestión ésta sobre la que existen pronunciamientos judiciales contradictorios [la sentencia del Tribunal de Apelación, *Soileau v. Guilford of Maine, Inc.*, 105 F.3d 12, 15 (1st Cir. 1997)] y la sentencia del Tribunal de Apelación, *Jacques v. DiMarzio, Inc.*, 386 F.3d 192, 202 (2d Cir. 2004)] tal y como señala el autor citado anteriormente.

⁶⁶⁸ Las circunstancias protegidas como discapacidad son las siguientes: (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)).

La primera de las situaciones considera la existencia de una discapacidad siempre y cuando exista un trastorno físico o mental que limite sustancialmente una o varias actividades cotidianas de la persona en cuestión. La expresión “actividades cotidianas” la hallamos definida en el segundo apartado de la sección 12102 del título 42 del U.S.C.⁶⁶⁹ En este sentido, el legislador norteamericano ha optado por una definición que combina un enfoque médico y funcional, ya que se plasma un listado no cerrado de tareas o procesos humanos habituales en la vida de cualquier persona⁶⁷⁰ (subapartado A de la sección 12102 del título 42 del U.S.C) y una serie ejemplificativa de procesos biológicos que merecen la consideración de esenciales⁶⁷¹ (subapartado B de la sección 12102 del título 42 del U.S.C). Esta es, con diferencia, la vía más habitual a la que se recurre para exigir la protección antidiscriminatoria⁶⁷², y no requiere un reconocimiento médico expreso de la discapacidad, de forma similar a lo que sucede en el ordenamiento jurídico español⁶⁷³. No obstante, será necesario acreditar la existencia de una limitación sustancial, que opera como filtro de aquellas deficiencias o trastornos mínimos⁶⁷⁴, aunque la voluntad legislativa, si bien ha sido criticada por su ambigüedad⁶⁷⁵, pretende ofrecer una protección expansiva. Sin embargo, la jurisprudencia americana ha sido reticente a la hora de realizar una interpretación amplia del concepto de persona con discapacidad al amparo de la sección 12102.1.1 del título 42 del U.S.C⁶⁷⁶, exigiendo al trabajador la prueba de que el empresario tenía conocimiento de las limitaciones sustanciales en el desempeño

⁶⁶⁹ La expresión original utilizada en la sección 12102 del título 42 del U.S.C. es: “*major life activities*”.

⁶⁷⁰ En particular, se incluyen los siguientes procesos: “*caring for oneself, performing manual tasks, seeing, hearing, eating, sleeping, walking, standing, lifting, bending, speaking, breathing, learning, reading, concentrating, thinking, communicating, and working.*”

⁶⁷¹ Los procesos biológicos que se incluyen son los siguientes: “*functions of the immune system, normal cell growth, digestive, bowel, bladder, neurological, brain, respiratory, circulatory, endocrine, and reproductive functions.*”

⁶⁷² Vid. DILLER, M., “Judicial backlash, the ADA, and the civil rights model”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 21, 2000, pág. 26.

⁶⁷³ Véase el artículo 4.1 de la LGDPCD, que se encarga de plasmar una definición de discapacidad no sometida a la formalidad del reconocimiento médico. Para un examen en profundidad, véase el apartado 5.1.6 de este estudio.

⁶⁷⁴ Así lo constata DILLER, M., en DILLER, M., “Judicial backlash, the ADA, and the civil rights model”, *op. cit.*, pág. 27, que indica que “[...] Congress included the “substantial limitation” requirement as a means of preventing claims based on de minimis impairments [...]”.

⁶⁷⁵ Vid. LOCKE, S., “The Incredible Shrinking Protected Class: Redefining the Scope of Under the Americans with Disability Act”, *op. cit.*, pág. 108.

⁶⁷⁶ Según MAYERSON, A., “Restoring Regard for the Regarded as Prong Giving Effect to Congressional Intent”, *Villanova Law Review*, vol. 42, 2, 1997, pág. 587 las razones que fundamentan esta tendencia jurisprudencial se fundamentan en “*at best, a lack of understanding of the statute and, at worst, a blatant hostility towards the profound goals of the ADA.*”

de tareas profesionales⁶⁷⁷. Tal requisito ha sido especialmente criticado por la doctrina científica americana⁶⁷⁸, y pone de relieve la necesidad de implementar soluciones que expandan la protección por razón de discapacidad. Entre las alternativas formuladas, destacan la posibilidad de analizar la determinación de la existencia de la discapacidad desde un punto de vista única y exclusivamente médico, circunstancia que podría llevarse a cabo mediante la supresión del trabajo de la lista de actividades cotidianas ex sección 12102.2 del título 42 del U.S.C⁶⁷⁹, o la implementación de conceptos que incluyan situaciones no protegidas, como por ejemplo “temporary disabilities”⁶⁸⁰, entre otras.

No obstante, a esta primera definición, más cercana al modelo social de tratamiento de la discapacidad atendiendo a la exención de realizar una evaluación médica previa, debe añadirse una segunda caracterización con dos manifestaciones, mencionadas en el apartado 1.b y 1.c de la sección 12102 del título 42 del U.S.C y concretada en su apartado 3. Bajo la expresión “*record of such an impairment*” (sección 12102.1.b del título 42 del U.S.C.) y “*being regarded as having such an impairment*” (sección 12102.1.c del título 42 del U.S.C.), el legislador norteamericano complementa una definición de discapacidad más próxima al modelo social con una aproximación cercana al paradigma médico. En efecto, el apartado 1.b de la sección 12102 del título 42 del U.S.C. extiende la protección antidiscriminatoria a aquellas personas que ostenten el reconocimiento

⁶⁷⁷ Véase la sentencia del Tribunal de Apelación *Nielson v. Moroni Feed Co.*, 162 F.3d 604, 612 (10th Cir. 1998), que constata que: “*In order to establish a disability under the ‘regarded as’ prong of the ADA with respect to the major life activity of working, an individual must show that the employer regarded him or her as being substantially limited in performing either a class of jobs or a broad range of jobs invarious classes.*”

Esta visión ha sido ratificada por el TS norteamericano en las sentencias *Sutton v. United Air Lines, Inc.* (97-1943) 527 U.S. 471 (1999) y *Toyota Motor Mfg., Ky., Inc. v. Williams*, 534 U.S. 184 (2002).

Para un análisis crítico en profundidad sobre esta cuestión, véase KLOEHN NAEF, A., “Toyota Motor Manufacturing v. Williams: A Case of Carpal Tunnel Syndrome Weakens the Grip of the Americans with Disabilities Act”, *Pepperdine Law Review*, vol. 31, 2004, págs. 575-608; VANCE, S., “How the Supreme Court’s Toyota Decision Impacted the View of EEOC’s Regulatory Authority”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 26, 2, 2005, págs. 475-510; WIDISS, D., “Still Kickin’ After All These Years: Sutton and Toyota as Shadow Precedents”, *Drake Law Review*, vol. 63, 2005, págs. 919-946; BURGDORF, R., “Restoring the ADA and Beyond: Disability in the 21st Century”, *op. cit.*, págs. 255-256.

⁶⁷⁸ Véase BURGDORF, R., “The Special Treatment Model and Misconstructions of the Definition of Disability”, *Villanova Law Review*, vol. 42, 2, 1997, págs. 539-546; LOCKE, S., “The Incredible Shrinking Protected Class: Redefining the Scope of Under the Americans with Disability Act”, *op. cit.*, pág. 107; MAYERSON, A., “Restoring Regard for the Regarded as Prong Giving Effect to Congressional Intent”, *op. cit.*, págs. 591-609; DILLER, M., “Judicial backlash, the ADA, and the civil rights model”, *op. cit.*, págs. 19-52.

⁶⁷⁹ Así lo señala LOCKE, S., “The Incredible Shrinking Protected Class: Redefining the Scope of Under the Americans with Disability Act”, *op. cit.*, págs. 135-139.

⁶⁸⁰ *Vid.* BURGDORF, R., “The Special Treatment Model and Misconstructions of the Definition of Disability”, *op. cit.*, págs. 574-575.

de una discapacidad por un organismo médico federal (apartado 1.b sección 12102 del título 42 del U.S.C).

El apartado 1.c es algo más complejo, pues su interpretación se vincula al apartado tercero de la sección 12102 del título 42 del U.S.C.⁶⁸¹, que establece aquellas situaciones en las que se apreciará la concurrencia de esta condición. Concretamente, se incluirán aquellas situaciones en las que el trabajador ha sufrido alguna de las conductas prohibidas en el marco del capítulo 26 del título 32 del U.S.C.⁶⁸², a causa de la existencia de una discapacidad física o mental (apartado 1.c sección 12102 del título 42 del U.S.C), sin que sea necesaria la acreditación de que la discapacidad limite el desarrollo de actividades cotidianas ex 12102.2 del U.S.C. (sección 12102.3.a del título 42 del U.S.C.).

Sin embargo, se excluyen aquellas situaciones en las que la duración prevista de la patología que da lugar a la consideración de persona con discapacidad no supere los seis meses (sección 12102.3.b del título 42 U.S.C.). Como puede observarse, el legislador norteamericano refuerza la protección antidiscriminatoria facilitando el reconocimiento como del trabajador como persona con discapacidad cuando se produce una decisión empresarial discriminatoria por razón de discapacidad. De esta manera, establece como compensación a la conducta empresarial la omisión del examen de la afectación de la discapacidad al desarrollo de actividades cotidianas en los términos de la sección 12102.2 del título 42 del U.S.C.

Finalmente, el cuarto apartado de la sección 12102 del título 42 del U.S.C. se encarga de plasmar una serie de precisiones en la construcción del concepto de

⁶⁸¹ La transcripción literal de este apartado es la siguiente: "(3) *Regarded as having such an impairment. For purposes of paragraph (1)(C):*

(A) *An individual meets the requirement of "being regarded as having such an impairment" if the individual establishes that he or she has been subjected to an action prohibited under this chapter because of an actual or perceived physical or mental impairment whether or not the impairment limits or is perceived to limit a major life activity.*

(B) *Paragraph (1)(C) shall not apply to impairments that are transitory and minor. A transitory impairment is an impairment with an actual or expected duration of 6 months or less."*

⁶⁸² Las acciones prohibidas por el capítulo 126 del título 32 del U.S.C con relación al Derecho del Trabajo pueden encontrarse en la sección 12112 del título 42 del U.S.C., y se refieren a la imposibilidad de discriminar a una persona por su discapacidad en el acceso al empleo, la contratación, la promoción profesional, en materia salarial, formación profesional, y en general, en el ejercicio de los derechos que le correspondan y en las condiciones de trabajo.

persona con discapacidad, que expresan orientaciones normativas sobre esta materia. Así, por ejemplo, se constata la voluntad de construir un concepto legal de persona con discapacidad expansivo⁶⁸³, o incluso cómo debe interpretarse en el marco de patologías recurrentes⁶⁸⁴, entre otras cuestiones.

Como puede observarse, nos encontramos ante una construcción normativa genérica, que opera a todos los niveles en el ámbito del empleo. De hecho, se observa la voluntad normativa de integrar el paradigma social de tratamiento de la discapacidad y el modelo médico, que se materializa a través de la distinción entre la sección 12102.1.a del título 42 del U.S.C. y las secciones 12102.1.b y 12102.1.c del título 42 del U.S.C. Esta circunstancia es sumamente habitual⁶⁸⁵, y debe destacarse la voluntad de conciliar ambos paradigmas de tratamiento de la discapacidad, que son diametralmente opuestos. No obstante, esta estructura normativa del concepto de persona con discapacidad es positiva en la medida en que sea transitoria, y debe ser superada por un planteamiento íntegramente basado en el paradigma social de tratamiento de la discapacidad. En efecto, la declaración médica añade un componente estigmatizador a la discapacidad que dificulta la normalización de esta, especialmente a la luz de la CIDPD⁶⁸⁶. Y ello afecta especialmente a la obligación de realizar ajustes razonables, que, si bien en el caso norteamericano es percibida con cierta normalidad, aún está lejos de ser una exigencia normalizada en las relaciones laborales.

⁶⁸³ Esta pretensión se observa a la luz de la sección 12102.4 del título 42.a del U.S.C., que plasma: “*The definition of disability in this chapter shall be construed in favor of broad coverage of individuals under this chapter, to the maximum extent permitted by the terms of this chapter*”.

⁶⁸⁴ Véase la sección 12102.4.d del título 42 del U.S.C., que incluye en el concepto de persona con discapacidad “*An impairment that is episodic or in remission is a disability if it would substantially limit a major life activity when active*”.

⁶⁸⁵ Por ejemplo, España ha asumido una concepción similar, si bien en términos diferentes, que puede apreciarse del examen del artículo 4 de la LGDPCD. Para un estudio en profundidad sobre el concepto de persona con discapacidad en el ordenamiento jurídico español, véase el apartado 5.1.6 de este estudio.

⁶⁸⁶ Para un estudio en profundidad sobre las líneas maestras de la CIDPD, véase apartado 2.3.3 de esta obra.

4.1.3. La configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad

A) La caracterización de la obligación

La obligación de realizar ajustes razonables se introdujo en la redacción inicial de la ADA, que como ya se ha apuntado, se halla incluida en el capítulo 126 del título 42 del U.S.C. De hecho, su configuración normativa se ha mantenido idéntica desde 1990, en el marco de la sección 12111.9 y 12111.10 del título 42 del U.S.C.

El sujeto obligado por excelencia en el marco de esta obligación es el empresario, y la sección 12111.5 del título 42 del U.S.C se encarga de concretar con exactitud quienes integran la definición de empresario a los efectos de su cumplimiento. En particular, los sujetos obligados a realizar ajustes razonables serán los empresarios, administraciones locales o estatales⁶⁸⁷, agencias de empleo o sindicatos que hayan contratado 15 o más empleados en un periodo de 20 semanas⁶⁸⁸.

Respecto al contenido de la obligación objeto de estudio, la sección 12111.9 del título 42 del U.S.C⁶⁸⁹, contempla como ajustes razonables dos intervenciones empresariales: a) Adaptar las dependencias utilizadas por los trabajadores sin discapacidad, de tal forma que aquellas personas con discapacidad puedan acceder y utilizarlas; y b) Una serie de ajustes consistentes en reestructuraciones de puesto de trabajo, modificación de horarios, recolocación de personas con discapacidad en vacantes, adquisición o modificación de equipos o herramientas, entre otras. A continuación, el apartado 10) de la citada sección define la

⁶⁸⁷ Las agencias federales quedan expresamente excluidas ex sección 12111.5.b del título 42 del U.S.C.

⁶⁸⁸ Dentro de este cómputo también se incluyen los trabajadores a tiempo parcial, aunque éstos presten servicios un solo día a la semana, en virtud de la sentencia del TS *Walters v. Metropolitan Educational Enterprises, Inc.* (95-259), 519 U.S. 202 (1997).

⁶⁸⁹ La redacción literal del apartado detallado es la siguiente:

"(9) Reasonable accommodation. The term "reasonable accommodation" may include: (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."

expresión “carga excesiva”⁶⁹⁰, caracterizada como aquellas circunstancias que dificultan la adaptación del puesto de trabajo, condicionando así la exigencia de los ajustes razonables a la ausencia de particularidades que supongan una actuación desproporcionada en perjuicio del empresario. En otras palabras, la carga excesiva se integra en la valoración de que el ajuste se adapte a las necesidades del trabajador con discapacidad, y, por lo tanto, actúa como parámetro en el control de la razonabilidad del ajuste. Entre los distintos hechos o circunstancias que se valorarán a efecto de determinar si concurre carga excesiva podemos encontrar la naturaleza y el coste del ajuste requerido o el número de personas contratadas en la empresa, entre otras. Como mecanismo de cumplimiento de la obligación, la sección 12112.b.5 del título 42 del U.S.C.⁶⁹¹, prevé la no realización de ajustes razonables como conducta discriminatoria, salvo que ello suponga la existencia de carga excesiva.

De forma complementaria a la configuración legal de la obligación de realizar ajustes razonables, se dictaron una serie de disposiciones de carácter administrativo por la EEOC, que actúan como directrices interpretativas a la regulación del U.S.C, y cuya importancia es capital a la luz de la doctrina *Chevron*⁶⁹². Tales preceptos se hallan incluidos en la letra o) de la sección 1630.2

⁶⁹⁰ La transcripción literal del citado apartado es la que consta a continuación:

“(10) *Undue hardship*

A) *In general. The term “undue hardship” means an action requiring significant difficulty or expense, when considered in light of the factors set forth in subparagraph (B).*

(B) *Factors to be considered. In determining whether an accommodation would impose an undue hardship on a covered entity, factors to be considered include (i) the nature and cost of the accommodation needed under this chapter; (ii) the overall financial resources of the facility or facilities involved in the provision of the reasonable accommodation; the number of persons employed at such facility; the effect on expenses and resources, or the impact otherwise of such accommodation upon the operation of the facility;*

(iii) the overall financial resources of the covered entity; the overall size of the business of a covered entity with respect to the number of its employees; the number, type, and location of its facilities; and

(iv) the type of operation or operations of the covered entity, including the composition, structure, and functions of the workforce of such entity; the geographic separateness, administrative, or fiscal relationship of the facility or facilities in question to the covered entity.”

⁶⁹¹ En este sentido, la sección 12112.a del título 42 del U.S.C establece una regla general de no discriminación, y a continuación, en el apartado b), detalla una serie de comportamientos entre los que se incluye: “(5) (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.”*

⁶⁹² *Vid.* la sentencia del TS *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 467 U.S. 83 (1984), que estableció la doctrina de la deferencia administrativa, según la cual los tribunales norteamericanos deben conceder prioridad eficaz aplicativa a la interpretación que realiza la agencia administrativa, siempre y cuando se constate que la ley es ambigua o contiene lagunas normativas y la interpretación que efectúa la agencia es razonable.

del título 29 del C.F.R., y ofrecen un marco detallado sobre cuestiones muy particulares de la obligación de realizar ajustes razonables, lo que es positivo porque otorga a los operadores una cierta seguridad jurídica en el cumplimiento de la obligación.

La citada sección establece una definición de los ajustes razonable idéntica a la prevista por el U.S.C., pero contextualizada en tres ámbitos distintos, correspondientes a distintos momentos temporales de la relación laboral. Concretamente, se incluye un estadio previo a la relación laboral, relativo a las adaptaciones requeridas en los procesos de selección de personal, y otro ámbito que se extiende durante toda la relación laboral, en el que se engloban aquellos ajustes requeridos para la realización de las funciones esenciales en un puesto de trabajo determinado, así como las modificaciones destinadas a asegurar el disfrute de los beneficios o privilegios que ostenten otros trabajadores sin discapacidad.

Paralelamente, la norma contempla una serie de adaptaciones muy diversas que podrían ser consideradas ajustes razonables⁶⁹³, y las clasifica en dos categorías. Dentro de la primera de ellas se incluyen, bajo una fórmula sumamente amplia⁶⁹⁴, todas aquellas modificaciones físicas de las instalaciones empresariales que doten a los espacios u objetos de las condiciones adecuadas de accesibilidad para que las personas con discapacidad puedan trabajar en plena igualdad de condiciones. El segundo grupo, en cambio, prescribe una serie de cambios relacionados con la organización y desarrollo del trabajo, entre las que destacan la alteración de la distribución del tiempo de trabajo, la recolocación del trabajador a un puesto de trabajo vacante, las modificaciones de los equipos, las políticas o los materiales empleados en la formación inherente al puesto de trabajo a desarrollar, entre otros⁶⁹⁵. A estos ajustes debe sumársele una adecuación no

Una aproximación crítica a dicha doctrina puede hallarse en PÉREZ ALONSO, J., “¿El ocaso de Chevron? Auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo”, *Revista de administración pública*, vol. 184, 2011, págs. 325-348.

⁶⁹³ Vid. sección 1630.2.o.2 del título 29 del C.F.R..

⁶⁹⁴ La expresión que utiliza el precepto es la siguiente: “*Making existing facilities used by employees readily accessible to and usable by individuals with disabilities*”.

⁶⁹⁵ La lista completa de los distintos ejemplos previstos es la siguiente: “*Job restructuring; part-time or modified work schedules; reassignment to a vacant position; acquisition or modifications of equipment or*

prescrita por la norma, pero aceptada por la jurisprudencia⁶⁹⁶, que es la denominada “*leave of absence*”, que permite a aquellos trabajadores que lo requieran ausentarse temporalmente de su puesto de trabajo por motivos médicos.

B) El proceso interactivo

Uno de los puntos más interesantes de la legislación americana en materia de ajustes razonables es la previsión, contenida en la sección 1630.2.o.3 del título 29 del C.F.R., de iniciar, de manera potestativa, un proceso interactivo y exento de formalidades⁶⁹⁷. Este procedimiento permite que el empleador y el trabajador con discapacidad determinen el ajuste razonable a realizar, las nuevas necesidades resultantes de la discapacidad y cómo la adaptación propuesta contribuirá a superar las dificultades inherentes al cambio que la discapacidad conlleva. Atendiendo a la importancia que este procedimiento puede tener en la práctica, se incluyen dentro del apéndice a la sección 1630 del título 29 del C.F.R. algunas indicaciones sobre cómo debe desarrollarse, así como una breve guía con cuatro pasos que ambas partes deben abordar durante el transcurso del mismo⁶⁹⁸.

A propósito de su desarrollo, conviene destacar que la jurisprudencia ha precisado que no se trata de una negociación entre las partes, sino de un proceso cuyo cumplimiento corresponde al empresario⁶⁹⁹, que será el sujeto obligado a su

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.”

⁶⁹⁶ Vid. las sentencias de los Tribunales de Apelación *Cehrs v. Northeast Ohio Alzheimer's Research Cent.*, (6th Cir. 1998) y *Criado v. IBM Corp* (1st Cir. 1998).

⁶⁹⁷ Para un análisis en profundidad sobre los orígenes de este procedimiento, véase AUTRY, J.R., “Reasonable Accommodation Under the ADA: Are Employers Required to Participate in the Interactive Process? The Courts Say «YES» But the Law Says «NO»”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 79, 2003, págs. 674-677.

⁶⁹⁸ Concretamente, la norma detalla 4 pasos: a) Analizar las funciones esenciales del puesto de trabajo; b) Consultar con el trabajador cuales son las nuevas necesidades derivadas de la discapacidad y cómo éstas pueden ser afrontadas con el ajuste razonable a realizar; c) Identificar, junto al trabajador, qué modificaciones pueden aplicarse y cómo contribuirán efectivamente al normal desarrollo de las funciones profesionales; y, finalmente, d) considerar las preferencias que el trabajador manifieste y efectuar la adaptación que mejor se ajuste a los intereses del trabajador y el empleador.

⁶⁹⁹ Vid. la sentencia del Tribunal de Apelación *Terri L. Stewart v. Happy Herman's Cheshire Bridge, Inc.*, 117 F.3d 1278 (11th Cir. 1997), que señala que “*whatever the obligations of an employer are under the ADA to accommodate an employee, they do not extend to engaging in generalized negotiations with an employee concerning the employer's workplace rules and policies [...] The ADA thus requires that employers reasonably accommodate 285. qualified individuals with a disability, not that employers negotiate with disabled individuals [...]*”

desarrollo⁷⁰⁰, y decidirá, en último término, qué adaptación es la más efectiva considerando las nuevas necesidades del trabajador⁷⁰¹. De esta manera, el trabajador no puede exigir al empresario que realice una modificación específica, así como tampoco está obligado a aceptar un ajuste que no le permita desarrollar las funciones esenciales de su puesto de trabajo⁷⁰².

Sin embargo, existe una cuestión particularmente importante en este procedimiento, sobre la que actualmente no existe consenso en la doctrina judicial. Se trata de la determinación de la responsabilidad derivada de la no participación empresarial en el proceso informal previsto en la sección 1630.2.o.3 del título 29 del C.F.R. Diversas sentencias sostienen que sólo existirá responsabilidad del empresario en caso de que no cumpla la obligación de realizar los ajustes razonables necesarios⁷⁰³, restando así importancia al proceso interactivo. En cambio, la sentencia del Tribunal de Apelación *Beck v. University of Wisconsin*, 75 F.3d, 1130 (7th Cir. 1996) defiende que la conducta consistente en la obstrucción del proceso por una de las partes muestra una actuación viciada por la mala fe, y sugiere que los tribunales deben analizar cuál es la causa de la

⁷⁰⁰ Sobre esta cuestión, véanse las sentencias de los Tribunales de Apelación *Fjellestad v. Pizza Hut of Am., Inc.*, 188 F.3d 944, 952 (8th Cir. 1999); *Taylor v. Phoenixville Sch. Dist.*, 184 F.3d 296, 312 (3rd Cir. 1999) y *Barnett v. United Airlines, Inc.*, 228 95F.3d 1105, 1114 (9th Cir. 2000).

No obstante, se ha de advertir que otras sentencias han sostenido que el proceso informal previsto en la sección 1630.2.o.3 no es obligatorio, siendo preceptivo únicamente el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. En este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Apelación *White v. York International Corp.*, 45 F.3d 357,363 (10th Cir. 1995) y la sentencia del Tribunal de Apelación *Willis v. Conopco, Inc.*, 108 F.3d 282, 285 (11th Cir. 1997).

⁷⁰¹ Tal y como se sostiene en la sentencia del Tribunal de Apelación *Gile v. United Airlines, Inc.* 95 F.3d 492 (7th Cir. 1996), que indica "*The ADA thus mandates that an employer make reasonable accommodations only if accommodation would permit the disabled employee to perform her job, and an employer need not grant a disabled employee's request accommodation that would be an inefficient change.*"

⁷⁰² Vid. la sentencia del Tribunal de Apelación *Hankins v. The Gap, Inc.*, 84 F.3d 797 (6th Cir. 1996), que destaca que "[...] *an employee cannot make his employer provide a specific accommodation [...] Although an employee is not required to accept an offered accommodation, "if such individual rejects a reasonable accommodation . that is necessary to enable the individual to perform the essential functions of the position [...]"*.

⁷⁰³ Vid. la sentencia del Tribunal de Apelación *Rehling v. City of Chicago*, F.3d 1009, 1016 (7th Cir. 2000) que sostiene que: "*Because the interactive process is not an end in itself, it is not sufficient for Rehling to show that the City failed to engage in an interactive process or that it caused the interactive process to break down. Rather, Rehling must show that the result of the inadequate interactive process was the failure of the City to fulfill its role in "determining what specific actions must be taken by an employer" in order to provide the qualified individual a reasonable accommodation*" y en este mismo sentido, véase también la sentencia del Tribunal de Apelación *Kvorjak v. Maine*, 259 F.3d 48 (1st Cir. 2001), que afirma que: "*the statute's implementing regulations state that it "may" be necessary for an employer to initiate a dialogue with an employee in order to determine an appropriate accommodation [...] Even in the most rigorous versión [...] liability nonetheless depends on a finding that, had a good faith interactive process occurred, the parties could have found a reasonable accommodation that would enable the disabled person to perform the job's essential functions*".

imposibilidad de iniciar, continuar o concluir el proceso, y en su caso, asignar la responsabilidad correspondiente⁷⁰⁴.

Ambas posturas contemplan una preponderancia de la obligación de realizar ajustes razonables, identificando el procedimiento informal de interacción como una fase accesoria previa al cumplimiento de la obligación. Ahora bien, no puede omitirse la importancia que la participación empresarial ostenta en el cumplimiento previo de la obligación de realizar ajustes razonables. Y en este sentido, la obstaculización del proceso, aún siendo informal, es sumamente peligrosa pues puede provocar una detección incorrecta del ajuste razonable a realizar, que supondría a todas luces un incumplimiento de la obligación. Todo ello nos conduce a afirmar que el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables absorbería una hipotética conducta de mala fe en el marco del proceso informal previo, ya que la detección del ajuste razonable no se adaptaría a las nuevas necesidades y, por lo tanto, no sería efectivo. Además, teniendo en cuenta que la realización del citado proceso informal se contempla como una actuación potestativa⁷⁰⁵, es difícil derivar una responsabilidad independiente del incumplimiento de dicho proceso.

4.1.4. Los límites de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad: La determinación de la carga excesiva

Otra de las grandes cuestiones que plantea la obligación de realizar ajustes razonables es la exigencia de valorar la existencia de circunstancias que puedan calificarse como carga excesiva, cuya concurrencia supondrá que el empleador será eximido del cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. Tal

⁷⁰⁴ El contenido literal del fragmento seleccionado de la sentencia citada anteriormente es el siguiente: “*A party that obstructs or delays the interactive process is not acting in good faith. A party that fails to communicate, by way of initiation or response, may also be acting in bad faith. In essence, courts should attempt to isolate the cause of the breakdown and then assign responsibility.*”

A mayor abundamiento, el pronunciamiento judicial citado incide en que “*Liability for failure to provide reasonable accommodations ensues only where the employer bears responsibility for the breakdown. But where, as here, the employer does not obstruct the process, but instead makes reasonable efforts both to communicate with the employee and provide accommodations based on the information it possessed, ADA liability simply does not follow*”.

⁷⁰⁵ Así se deriva de una lectura literal de la sección 1630.2.o.3 del título 29 del C.F.R., que contempla “*To determine the appropriate reasonable accommodation it may be necessary for the covered entity to initiate an informal, interactive process [...]*”

y como sucede con el concepto de razonabilidad de los ajustes, la caracterización de la carga como excesiva permitirá no realizar la adaptación requerida. Ahora bien, la carga excesiva opera como una exención al cumplimiento, a diferencia de la razonabilidad, que excluye el ajuste del ámbito objetivo del deber empresarial. Por lo tanto, el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables siempre supondrá una carga para el empresario, pero sólo estará eximido de su cumplimiento si ésta se considera excesiva.

La norma define la carga excesiva como aquellas dificultades significativas o gastos en los que incurra el sujeto obligado a realizar los ajustes razonables⁷⁰⁶, teniendo en cuenta una serie de factores. Dichos condicionantes se hallan en la sección 12111 del título 42 del U.S.C.⁷⁰⁷, e incluyen el coste de la realización del ajuste, la consideración de la existencia de créditos, deducciones y financiación externa, el número de empleados contratados por el empresario en el centro de trabajo en cuestión o el tamaño de la empresa, entre otros.

Como puede observarse, la naturaleza de esta excepción al cumplimiento de la obligación requiere un estudio individualizado de cada situación, dado que las circunstancias empresariales pueden ser totalmente distintas en cada caso. En este sentido, el legislador norteamericano deja claro que la existencia de carga excesiva requiere un examen global de la realidad empresarial; no bastará con analizar el coste económico de la adaptación en cuestión. Antes al contrario, se huye de una concepción puramente económica y se exige al empleador que para acogerse a esta excepción demuestre que la realización de la adaptación

⁷⁰⁶ En concreto, el texto literal del precepto prevé: *"In general. Undue hardship means, with respect to the provision of an accommodation, significant difficulty or expense incurred by a covered entity, when considered in light of the factors set forth in paragraph (p)(2) of this section"*.

⁷⁰⁷ El contenido literal de dicho precepto contempla:

"(2) Factors to be considered. In determining whether an accommodation would impose an undue hardship on a covered entity, factors to be considered include:

(i) The nature and net cost of the accommodation needed under this part, taking into consideration the availability of tax credits and deductions, and/or outside funding;
(ii) The overall financial resources of the facility or facilities involved in the provision of the reasonable accommodation, the number of persons employed at such facility, and the effect on expenses and resources;
(iii) The overall financial resources of the covered entity, the overall size of the business of the covered entity with respect to the number of its employees, and the number, type and location of its facilities;
(iv) The type of operation or operations of the covered entity, including the composition, structure and functions of the workforce of such entity, and the geographic separateness and administrative or fiscal relationship of the facility or facilities in question to the covered entity; and
(v) The impact of the accommodation upon the operation of the facility, including the impact on the ability of other employees to perform their duties and the impact on the facility's ability to conduct business."

perjudica el mantenimiento del nivel de ingresos empresarial o genera disfunciones organizativas en el funcionamiento empresarial. No obstante, es necesario destacar que, si bien la contextualización del ajuste razonable en la actividad empresarial es absolutamente necesaria, el análisis del cumplimiento de la obligación por los tribunales requerirá un equilibrio entre el cumplimiento de la obligación y la viabilidad empresarial⁷⁰⁸.

Paralelamente, la regulación de la carga excesiva, atendiendo a la necesidad de realizar un análisis individualizado provoca una cierta inseguridad jurídica a los operadores. La valoración de los factores previstos normativamente es sumamente ambigua, y debe criticarse que el legislador no haya plasmado pautas o criterios interpretativos que ofrezcan unas directrices sobre cómo afectarán al cumplimiento de la obligación.

En consecuencia, nos encontramos ante la traslación a los tribunales de la valoración de los indicadores propuestos por la norma, cuya interpretación se deja al libre arbitrio de aquellos. Esta circunstancia dificulta el cumplimiento efectivo de la obligación de realizar ajustes razonables. En aras de proponer una solución a estas carencias, la doctrina científica ha planteado algunas medidas interesantes que deberían ser consideradas por el legislador norteamericano⁷⁰⁹, tales como establecer una presunción *iuris tantum* a propósito de la no excesividad de la carga que pueda suponer el ajuste razonable, restringir la aplicación de la carga excesiva como excepción únicamente aplicable en situaciones muy concretas⁷¹⁰, u objetivizar la regulación de los factores que permiten apreciar la existencia de carga excesiva⁷¹¹.

⁷⁰⁸ Vid. BRANDFIELD, J., "Undue Hardship: Title I of the Americans with Disabilities Act", *Fordham Law Review*, vol. 59, 1, 1990, pág. 126.

⁷⁰⁹ Vid. *Ibid.*, págs. 121 y ss, y en especial, pág. 131.

⁷¹⁰ Concretamente, *Ibid.*, pág. 127 que debería limitarse la excepción al cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables "only when the accommodation causes "significant difficulty or expense," ' is "unduly costly, extensive, substantial, disruptive" or "fundamentally alter[s] the nature of the [business]."

⁷¹¹ Vid. *Ibid.*, pág. 131, que propone la apreciación de la carga excesiva cuando el cumplimiento del ajuste razonable genere un porcentaje a determinar por el legislador de descenso en el margen de beneficio neto o en el cambio de las tareas profesionales de un número a determinar por el legislador de trabajadores.

4.1.5. Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad

Por último, la sección 12112.5 del título 42 del U.S.C. identifica como conducta discriminatoria el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables, así como aquellas limitaciones en materia de empleo que el trabajador sufra como consecuencia de la necesidad de realizar adaptaciones del puesto de trabajo.

Las consecuencias de tales comportamientos se hallan previstas en las secciones 1981.a y 2000.e-5.g del título 42 del U.S.C., y sus efectos serán acumulativos siempre y cuando concurren los requisitos exigidos en cada una de ellas.

El primer precepto contempla la posibilidad de solicitar una indemnización de daños compensatorios⁷¹², y punitivos que se calculara en función de la plantilla del empleador⁷¹³, y la suma de ambas puede oscilar entre los \$50.000 y los \$300.000. Llama la atención que la sección 1981.a.3 del título 42 del U.S.C. elimine la posibilidad de conceder las cantidades indemnizatorias citadas anteriormente en aquellos supuestos en los que el empleador demuestre que ha actuado de buena fe. El ámbito de su apreciación se circunscribe al examen de las comunicaciones mantenidas con el trabajador con discapacidad una vez se ha comunicado la necesidad de realizar la adaptación, la identificación del ajuste razonable a aplicar y que éste no cause una carga excesiva⁷¹⁴. Como puede observarse, el proceso interactivo previsto en la sección 1630.2.o.3 del título 29

⁷¹² Este concepto engloba “*future pecuniary losses, emotional pain, suffering, inconvenience, mental anguish, loss of enjoyment of life, and other nonpecuniary losses*”, tal y como identifica la sección 1981.a.b.3 del título 42 del U.S.C.

⁷¹³ La sección 1981.b.3 del título 42 del U.S.C prescribe las siguientes cantidades en función de la plantilla de trabajadores empleados: a) sí el número de trabajadores es de 15 a 100, la indemnización prevista será de \$50.000; b) sí el número de trabajadores es de 101 a 200, la cuantía será de \$100.000; c) sí el número de trabajadores se encuentra entre 201 a 500, la indemnización a satisfacer será de \$200.000; y, finalmente, d) si el empleador ostenta una plantilla de más de 500trabajadores, la cantidad a pagar en concepto de indemnización será de \$300.000.

⁷¹⁴ El texto literal del precepto es el siguiente: “(3) *Reasonable accommodation and good faith effort - In cases where a discriminatory practice involves the provision of a reasonable accommodation pursuant to section 102(b)(5) of the Americans with Disabilities Act of 1990 (42 U.S.C. 12112(b)(5)) or regulations implementing section 791 of title 29, damages may not be awarded under this section where the covered entity demonstrates good faith efforts, in consultation with the person with the disability who has informed the covered entity that accommodation is needed, to identify and make a reasonable accommodation that would provide such individual with an equally effective opportunity and would not cause an undue hardship on the operation of the business.*”

del C.F.R., aún sin ser explícitamente mencionado, cobra una importancia vital en el marco de la determinación del pago de una indemnización por daños y perjuicios, pues se sitúa como eje central demostrativo de la buena fe empresarial.

Paralelamente, la sección 2000.e-5.g.1 del título 42 del U.S.C. establece que la existencia de un comportamiento discriminatorio dará lugar a la solicitud y reconocimiento de la “*affirmative action*” que mejor se adapte al caso concreto, término éste que incluye medidas como la readmisión del trabajador o la contratación como trabajadores en aquellos supuestos en los que la discriminación se haya producido en el proceso de selección⁷¹⁵. Asimismo, este precepto incluye la posibilidad de que puedan solicitarse salarios devengados con carácter retroactivo, limitándose éstos, en caso de estimarse, a un periodo de 2 años desde la formalización de la “*charge of discrimination*”⁷¹⁶ ante la EEOC.

4.2. Canadá

4.2.1. Antecedentes históricos

Canadá ha sido uno de los países referentes en la protección por razón de discapacidad⁷¹⁷, y especialmente, en la implementación de la obligación de realizar ajustes razonables. Ya no sólo por asumir una perspectiva que exige efectuar modificaciones en el puesto de trabajo por distintas causas, como por ejemplo la edad, la religión o la discapacidad, sino por la intervención jurisprudencial que ha caracterizado este deber empresarial. Esta circunstancia sitúa a este país como un escenario avanzado en el tiempo, en el que el poder

⁷¹⁵ La redacción literal del precepto establece que “(1) *If the court finds that the respondent has intentionally engaged in or is intentionally engaging in an unlawful employment practice charged in the complaint, the court may enjoin the respondent from engaging in such unlawful employment practice, and order such affirmative action as may be appropriate, which may include, but is not limited to, reinstatement or hiring of employees, with or without back pay (payable by the employer, employment agency, or labor organization, as the case may be, responsible for the unlawful employment practice), or any other equitable relief as the court deems appropriate. Back pay liability shall not accrue from a date more than two years prior to the filing of a charge with the Commission. Interim earnings or amounts earnable with reasonable diligence by the person or persons discriminated against shall operate to reduce the back pay otherwise allowable.*”.

⁷¹⁶ Esta reclamación, que podrá realizarse personalmente o correo al amparo de la sección 1601.8 del título 29 del C.F.R., se formaliza ante la EEOC y es el paso previo a la reclamación judicial, denominada “*job discrimination lawsuit*”. El plazo para su formalización es de 180 días desde la producción del comportamiento discriminatorio ex sección 1601.13.a.1 del título 29 del C.F.R.

⁷¹⁷ Así lo indica LYNK, M., “Accommodating disabilities in the Canadian workplace”, *Canadian Labour Law Journal*, vol. 7, 1999, pág. 185.

judicial canadiense ha modulado la aplicación de una obligación poco regulada legalmente, con una eficacia incomparable respecto a otros países.

Los inicios de esta preocupación por la efectiva implementación por la igualdad de oportunidades surgieron en el marco de la CCRF, texto de naturaleza constitucional aprobado el año 1982. Esta disposición se encarga de plasmar las garantías relacionadas con los derechos y libertades de la población. Por lo que respecta al objeto de este estudio, el artículo 15 de la CCRF conceptualiza el principio de igualdad de trato en el ordenamiento jurídico canadiense⁷¹⁸, condenando las diferencias en la protección normativa basadas en la raza, la nacionalidad o el origen étnico, el color, la religión, el sexo, la edad y la discapacidad.

A esta norma constitucional le siguió un desarrollo normativo que se efectuó por la CHRA, calificado de visionario por la doctrina⁷¹⁹, que se encargó de normativizar el principio de igualdad de trato y condenar distintas causas de discriminación, entre ellas la discapacidad. Particularmente, el artículo 2 de la CHRA establece como causas de discriminación no admitidas la raza, el origen étnico, el color de la piel, la religión, la edad, el sexo, la orientación sexual, la identidad o expresión de género, el estado marital, el estado familiar, características genéticas, discapacidad o convicciones por una ofensa cuyo perdón ha sido concedido⁷²⁰. Sin embargo, la concreción de esta preocupación del legislador canadiense en el ámbito del empleo se materializó mediante la aprobación de la EEA. Esta extensa norma se encarga de definir el marco jurídico de igualdad de trato y oportunidades en el trabajo, e incluye multitud de prácticas obligatorias que han de llevar a cabo

⁷¹⁸ El contenido literal de este precepto es el siguiente: “*Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability*”.

⁷¹⁹ Así lo indica YALDEN, M., “The Duty to Accommodate-A View from the Canadian Human Rights Commission”, *Canadian Labour Law Journal*, vol. 1, 1992, pág. 284.

⁷²⁰ El contenido de este precepto se reproduce a continuación: “*The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, gender identity or expression, marital status, family status, genetic characteristics, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered*”.

los empleadores, entre las que se incluye la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo.

No obstante, el gran peso de la configuración de la obligación objeto de estudio lo ha asumido el poder judicial canadiense, que tal y como se detallará en los siguientes apartados, ha realizado aportaciones que han incrementado el alcance de la obligación, y han materializado una configuración flexible, clara y efectiva del mencionado deber empresarial.

4.2.2. El concepto de persona con discapacidad

El concepto de persona con discapacidad en el ordenamiento jurídico canadiense es de carácter mixto, y, por lo tanto, se halla caracterizado normativamente y complementado jurisprudencialmente. El punto de inicio lo encontramos en el artículo 25 de la CHRA, que define como discapacidad la situación previa o actual de carácter mental o físico, que incluye de forma explícita el desfiguramiento o la dependencia previa o actual al alcohol o a las drogas⁷²¹. Sin embargo, la definición de discapacidad contextualizada en el ámbito del empleo la hallamos en el artículo 3 EEA. Según este precepto, será considerada persona con discapacidad aquellas que tengan una deficiencia física, mental, sensorial, psiquiátrica o de aprendizaje de larga duración o recurrente, y a su vez, se consideren en una situación de desventaja por razón de su deficiencia o consideren que el empresario o potencial empresario les sitúa en una posición de desventaja por razón de su deficiencia⁷²². Paralelamente, el legislador canadiense también incluye dentro del concepto de persona con discapacidad aquellas personas con limitaciones funcionales derivadas de una deficiencia que hayan sido objeto de adaptación en el puesto de trabajo⁷²³.

⁷²¹ En concreto, el precepto señala: “disability means any previous or existing mental or physical disability and includes disfigurement and previous or existing dependence on alcohol or a drug”.

⁷²² El texto original de este precepto es el siguiente: “persons with disabilities means persons who have a long-term or recurring physical, mental, sensory, psychiatric or learning impairment and who:

(a) consider themselves to be disadvantaged in employment by reason of that impairment, or

(b) believe that a employer or potential employer is likely to consider them to be disadvantaged in employment by reason of that impairment,

and includes persons whose functional limitations owing to their impairment have been accommodated in their current job or workplace;”

⁷²³ Véase el párrafo final del mencionado artículo.

Como puede observarse, nos encontramos ante distintas definiciones normativas, que diseñan un sistema de definición de la discapacidad multinivel, clasificado por sectores o ámbitos, pero cuyas definiciones son complementarias. De esta manera, se ofrece una respuesta distinta en función de las necesidades de cada ámbito de aplicación material, que se complementa con una intervención clarificadora de la doctrina judicial y jurisprudencial.

A propósito de la intervención judicial y jurisprudencial en la definición del concepto de discapacidad, esta ha sido una cuestión sumamente interesante de examinar por la abundante producción judicial. En un momento inicial, la discapacidad fue definida como una circunstancia con vocación de permanencia, que es consecuencia de deficiencias físicas o mentales y que impide o dificulta la realización de actividades cotidianas. Sin embargo, esta primera conceptualización fue matizada por la sentencia del Tribunal de Apelación de Ontario *Entrop v. Imperial Oil Ltd (1998) 30 CHRR 433*. Concretamente, el apartado 89 extiende la consideración de persona con discapacidad a situaciones no contempladas legalmente⁷²⁴, optando para ello por una definición que incluye la existencia de una enfermedad o deficiencia cuya concurrencia genera una discapacidad física o mental e interfiere en funciones físicas, psicológicas y sociales⁷²⁵. Como puede observarse, nos encontramos ante una conceptualización que enlaza la discapacidad, entendida como una enfermedad o trastorno, a la existencia de una afectación funcional en distintos ámbitos. Esta aproximación judicial de la definición de persona con discapacidad amplía el concepto sostenido inicialmente, y permite afirmar su proximidad con el modelo social. De hecho, esta sentencia se incardina en una tendencia jurisprudencial que opta por incluir distintas patologías o circunstancias de la diversidad humana como deficiencias⁷²⁶, y, por lo tanto, incorporándolas como discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación.

⁷²⁴ En particular, este caso se encarga de analizar si la alcoholemia o la drogadicción puede ser consideradas discapacidad.

⁷²⁵ El contenido original del apartado 89 de la mencionada sentencia se reproduce a continuación: "*The Board found, on uncontradicted expert evidence, that drug abuse and alcohol abuse -- together substance abuse -- are each a handicap. Each is "an illness or disease creating physical disability or mental impairment and interfering with physical, psychological and social functioning."*

⁷²⁶ Como muestra de la amplia óptica que han adoptados los tribunales canadiense, son referentes jurisprudenciales la sentencia del TS *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353 (Depresión) y

Por lo tanto, el concepto de discapacidad en el ordenamiento jurídico canadiense es un término dinámico, que debe ser interpretado en sentido amplio⁷²⁷, y muy próximo al modelo social de tratamiento de la discapacidad, siendo Canadá uno de los referentes en el reconocimiento como discapacidad de ciertas situaciones médicas⁷²⁸. No obstante, la legislación conserva aún elementos del paradigma médico que tiene implicaciones directas sobre la obligación de realizar ajustes razonables. La existencia de una discapacidad es un requisito para que el deber empresarial pueda ser exigido, y su existencia debe ser probada mediante evidencias médicas. Esta circunstancia, que ha sido explícitamente indicada a nivel europeo por el TJUE⁷²⁹, se trata de un reducto del modelo médico de tratamiento de la discapacidad⁷³⁰. Y se postula como uno de los grandes desafíos en la caracterización del concepto de persona con discapacidad que aún no ha sido solventado, ni tan siquiera por Canadá. La transición completa hacia el modelo social exige abandonar el diagnóstico médico como prueba de la existencia de una discapacidad, ya que el examen clínico integra una valoración negativa de las funciones, tal y como ya se apuntó en este estudio⁷³¹. Sin embargo, se trata de un factor que difícilmente puede suprimirse, y en el caso del ordenamiento jurídico canadiense no obstaculiza una interpretación amplia del concepto de persona con discapacidad, pues tienen cabida multitud de circunstancias.

las sentencias del Tribunal de Derechos Humanos de Canadá *Bicknell v. Air Canada* (1984), 5 C.H.R.R. D/1992 (Daltonismo); *Thwaites v. Canada (Armed Forces)* (1993), 19 C.H.R.R. D/259 (SIDA); *Green v. Public Service Commission of Canada* (1998), 34 C.H.R.R. D/166 (Dislexia); y la sentencia del Tribunal Federal de Apelaciones *NAV Canada v. I.B.E.W.*, [2001] C.L.A.D. No. 497 (Miedo a volar), entre otros.

⁷²⁷ Véase la sentencia del TS *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665 y la sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de Ontario *Chen v. Ingenierie Electro-Optique Exfo*, (2009) HRTO 1641, entre otros pronunciamientos.

⁷²⁸ Así, por ejemplo, se ha reconocido la existencia de discapacidad en situaciones de enfermedades episódicas. Véase la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Ottawa (*City*) *v. Ottawa-Carleton Public Employees' Union*, [2007] OJ No 735, a propósito del trastorno depresivo intermitente que genera dolores físicos al trabajador, entre otras.

⁷²⁹ Véase el apartado 57 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

⁷³⁰ *Vid.* WADDINGTON, L., "EHRC 2017/29 HvJ EU, 01-12-2016, C-395/15 Non-discriminatie, Handicap, Definitie van de grond handicap, Begrip langdurige beperkingen", *op. cit.* pág. 9 (versión electrónica), que señala que "[...] the CJEU places a particular emphasis on medical evidence – referring to 'documents and certificates relating to that person's condition, established on the basis of current medical and scientific knowledge and data'. This emphasis may seem to be at odds with the social model of disability found in the CRPD and now ostensibly incorporated within the CJEU's definition of disability. [...] The emphasis on medical evidence to establish disability may therefore be rather narrow."

Para un examen europeo en profundidad sobre esta cuestión, véase WADDINGTON, L., "Fine-tuning non-discrimination law", *op. cit.*, págs. 11-37; WADDINGTON, L., "Saying All the Right Things and Still Getting it Wrong", *op. cit.* págs. 576-591; y WADDINGTON, L., "Not Disabled Enough: How European Courts Filter Non-Discrimination Claims Through a Narrow View of Disability", *cit.*, págs. 11-35.

⁷³¹ Véase el apartado 2.2 de esta obra.

4.2.3. La configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad: La caracterización de la obligación

La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo de personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico canadiense es un deber empresarial caracterizado esencialmente por vía jurisprudencial.

Desde un punto de vista normativo, el legislador no se ha encargado de precisar los detalles de esta obligación, más allá de condenar la diferenciación arbitraria por razón de discapacidad. En este sentido, el artículo 3 de la CHRA identifica la discapacidad como factor de discriminación prohibido, y los artículos 7 a 14 de la CHRA se encargan de delimitar los comportamientos discriminatorios en el ámbito del empleo. Sin embargo, la mención explícita a la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo se encuentra en el artículo 5 de la EEA. Este precepto integra la mencionada obligación en una responsabilidad legal empresarial más extensa, denominada “*employment equity duty*”⁷³², que pretende implementar la igualdad de oportunidades para distintos colectivos⁷³³, y por lo tanto permite exigir la obligación de realizar ajustes razonables a otros colectivos distintos a las personas con discapacidad. Tal formulación legal no incluye una caracterización de la obligación objeto de estudio, más allá de su mención, y ello ha trasladado esta responsabilidad al poder judicial canadiense.

Desde un punto de vista judicial, el primer pronunciamiento que debe destacarse es la sentencia del TS, *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 SCR 536, que enfrentó a una trabajadora y su empleadora a propósito de la imposibilidad de prestar servicios en una franja horaria por motivos religiosos. La empleadora no disponía de un sistema de turnos, y, por lo tanto, procedió a despedir a la empleada. Según la empresa, el despido no se basaba en motivo alguno de discriminación, sino simplemente en una condición exigida a todos los empleados, esto es, la disponibilidad de trabajo durante el sábado. La máxima

⁷³² Un examen en detalle de esta obligación se halla en el apartado 4.2.5 de este estudio

⁷³³ Véase el artículo 3 de la EEA, que define la expresión “*designated groups*” e incluye a mujeres, personas aborígenes, personas con discapacidad y miembros de minorías étnicas.

instancia canadiense dictaminó por unanimidad que la trabajadora había sido discriminada por motivos religiosos⁷³⁴, y en este sentido, argumentó que no era necesario probar que existiese intencionalidad de la actuación aparentemente neutra, ya que cualquier comportamiento, aun no siendo concebido para discriminar a nadie por razón alguna, puede resultar discriminatorio⁷³⁵. Para justificar este extremo, el veredicto realiza una brillante exposición en la que diferencia el concepto de discriminación directa e indirecta⁷³⁶, construcción ésta que fue adoptada por distintos ordenamientos jurídicos posteriormente debido a su original, y a la vez eficaz, planteamiento de la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad. Además, el TS de Canadá determinó como *ratio decidendi* que cuando la actuación o comportamiento de un empleador genera un efecto discriminatorio, este tiene el deber de tomar medidas razonables, salvo que la acomodación produzca una carga excesiva para el empleador⁷³⁷. Así, ante la inactividad de la empleadora respecto a la realización de cambios organizativos, a fin y efecto de conciliar el derecho a la libertad religiosa de la trabajadora y los intereses económicos de la empleadora, el alto tribunal consideró que existió discriminación, y condenó a la empleadora al pago de una indemnización⁷³⁸. Esta

⁷³⁴ Para un examen en profundidad de este pronunciamiento judicial, véase DAY, S.; BRODSKY, G., "The Duty to Accommodate: Who will Benefit?", *op. cit.*, págs. 436-437 y ELOSEGUI ITXASO, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Canadá y el TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, Aranzadi, Navarra, 2013, págs. 67-79.

⁷³⁵ Véase la sentencia del TS, *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears* [1985] 2 SCR 536, pág. 547: "Without express statutory support in Ontario, inquiry board chairmen and judges have recognized the principle that an intention to discriminate is not a necessary element of the discrimination generally forbidden in Canadian human rights legislation. [...]"

⁷³⁶ Véase la sentencia del TS, *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears* [1985] 2 SCR 536, pág. 551: "[...] A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." There is, of course, no disagreement in the case at bar that direct discrimination of that nature would contravene the Act. On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force. [...] An employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply, may yet be discriminatory if it affects a person or group of persons differently from other to whom it may apply".

⁷³⁷ Véase la sentencia del TS, *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 SCR 536, pág. 555: "[...] The duty in a case of adverse effect discrimination on the basis of religion or creed is to take reasonable steps to accommodate the complainant, short of undue hardship: in other words, to take such steps as may be reasonable to accommodate without undue interference in the operation of the employer's business and without undue expense to the employer. [...]"

⁷³⁸ La indemnización establecida por el tribunal consistió en el pago de la diferencia entre el salario que percibió como trabajadora a tiempo parcial entre el 23 de octubre de 1978 y el 6 de julio de 1979 y el salario que hubiera percibido la misma como trabajadora a tiempo completo durante dicho periodo.

sentencia inició una tendencia jurisprudencial que situó a la obligación de realizar ajustes razonables como un deber empresarial que juega un papel central en la integración de la diversidad cultural en el empleo⁷³⁹.

En este escenario, la responsabilidad principal recae sobre el empresario, dado que es la parte que ostenta el poder de dirección y control de la actividad laboral, y especialmente sobre el puesto de trabajo. Este cometido supone que una vez recibe la petición del trabajador, será el empresario quien deba iniciar la búsqueda de la modificación o ajuste más apropiado⁷⁴⁰. No obstante, los tribunales han establecido un régimen de corresponsabilidad en el marco de esta obligación⁷⁴¹, imputando a los sindicatos una serie de deberes u obligaciones que deben acometer para el correcto cumplimiento de la obligación. Por lo que respecta a los sindicatos, estos deberán cooperar en el proceso de selección y adopción de la medida que mejor se adapte a las necesidades del trabajador. En este sentido, la denegación o no colaboración de la adopción de un ajuste que pudiera ser considerado viable generará responsabilidades al sindicato que hubiere intervenido⁷⁴². Asimismo, el trabajador también estará obligado a participar en el

El contenido literal del pronunciamiento judicial es el siguiente: “[...] *I can only conclude that the appeal must succeed. I would therefore allow the appeal with costs and direct that the respondent pay to the complainant as compensation the difference between the sum of her earnings while engaged as a part-time employee of the respondent from October 23, 1978 to July 6, 1979 and the amount she would have earned as a full-time employee during that period*”.

⁷³⁹ Véanse las sentencias del TS, *Edwards Books and Art v. The Queen*, [1986] 2 S.C.R.; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 SCR 868, 1999 CanLII 646; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999], 35 CHRR 257; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665.

⁷⁴⁰ La sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de Canadá, *Conte v. Rogers Cablesystems* [1999], 36 CHRR 403 concretó el significado del término “iniciar el cumplimiento de la obligación”, establecido en la sentencia del TS, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970. En concreto, el apartado XI de sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de Canadá, *Conte v. Rogers Cablesystems* [1999], 36 CHRR 403 sostiene que ello incluye “[...] *an examination of the employer’s current medical condition, the prognosis for recovery and the employee’s capabilities for alternative work*”.

Para un análisis en profundidad sobre esta cuestión, véase WINKLER, W.; THORUP, P., “The Duty of Accommodation and its Implications for the Employer”, *Canadian Labour Law Journal*, vol. 1, 1992, págs. 209-237; LYNK, M., “Accommodating disabilities in the Canadian workplace”, *op. cit.*, págs. 191-233.

⁷⁴¹ Así lo señala la Sentencia del TS, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, que clarifica que: “*The search for accommodation is a multi-party inquiry. Along with the employer and the union, there is also a duty on the complainant to assist in securing an appropriate accommodation*”.

⁷⁴² Véase la sentencia del TS, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, que fue la primera sentencia que estableció la responsabilidad de los sindicatos. Concretamente, el apartado 44, señala:

“*Second, a union may be liable for failure to accommodate the religious beliefs of an employee notwithstanding that it did not participate in the formulation or application of a discriminatory rule or practice. This may occur if the union impedes the reasonable efforts of an employer to accommodate. [...] If reasonable accommodation is only possible with the union’s co-operation and the union blocks the employer’s*

proceso de selección del ajuste más eficaz⁷⁴³, so pena de considerar cumplida la obligación, y, por lo tanto, desempeñará un rol fundamental en la consideración como discriminatoria de la decisión.

Sin embargo, la sentencia más importante tras la sentencia del TS, *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears* fue la sentencia del TS, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999], 35 CHRR 257. Esta decisión ha sido el pronunciamiento con mayor nivel de detalle sobre la obligación objeto de estudio. Sus aportaciones más relevantes se centran en el establecimiento de un “test” a fin de valorar si nos encontramos ante un comportamiento empresarial discriminatorio, superando así el método jurídico de examen anterior denominado “*conventional analysis*”⁷⁴⁴. Esta nueva caracterización consiste en el análisis de tres fases por parte del órgano judicial o arbitral⁷⁴⁵, cuya respuesta positiva permiten determinar que se ha procedido correctamente a cumplir la obligación de realizar ajustes razonables. Paralelamente, esta sentencia introduce la resolución de una serie de cuestiones que deben plantearse durante la implementación de los ajustes razonables⁷⁴⁶, a

efforts to remove or alleviate the discriminatory effect, it becomes a party to the discrimination. In these circumstances, the union, while not initially a party to the discriminatory conduct and having no initial duty to accommodate, incurs a duty not to contribute to the continuation of discrimination. [...]”.

Sin embargo, la responsabilidad de los sindicatos ha sido analizada en distintas ocasiones por los tribunales canadienses, como por ejemplo en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Ontario, *Office and Professional Employees International Union, Local 267 v. Domtar Inc*, [1992], 16 CHRR 479; entre otras.

Para un examen en profundidad sobre esta cuestión, véase LYNK, M., “Accommodating disabilities in the Canadian workplace”, *op. cit.*, págs. 233-241.

⁷⁴³ En este sentido, véase *Ibid.*, pág. 241-242.

⁷⁴⁴ Tal y como señalan los apartados 25 a 53 de la sentencia del TS, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999], 35 CHRR 257 el método convencional presenta una serie de problemas (7), que exigían una estandarización del examen de la existencia de discriminación, hasta el momento separada en función del efecto discriminatoria (*direct* y *adverse effect*). Así, entre tales problemas encontramos la existencia de distintas soluciones legales en función del tipo de discriminación (apartados 30 y 31), la presunción legal de que los colectivos afectados siempre pertenecían a minorías (apartados 32 a 36) o la dificultad que planteaba en la defensa de la existencia de no discriminación desde la perspectiva empresarial (apartados 37 a 42).

⁷⁴⁵ El apartado 54 de la sentencia del TS, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999], 35 CHRR 257 plasma las citadas fases del test, que se reproducen a continuación:

“(1) *that the employer adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job;*
(2) *that the employer adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose; and*
(3) *that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer.*”

⁷⁴⁶ Véase el apartado 65 de la sentencia del TS, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999], 35 CHRR 257:

“(a) *Has the employer investigated alternative approaches that do not have a discriminatory effect, such as individual testing against a more individually sensitive standard?*”

fin y efecto de guiar a los empleadores en el correcto cumplimiento del deber empresarial objeto de estudio. De esta manera, la caracterización de la obligación de realizar ajustes razonables se somete a la respuesta afirmativa de las tres fases del test, circunstancia que ofrece una visión clara y comprensiva a los operadores jurídicos. De hecho, la sugerencia de las cuestiones formuladas en el marco del apartado 65 de la sentencia del TS, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU* reafirman la pretensión clarificadora, ofreciendo así un escenario de seguridad jurídica para los empleadores.

4.2.4. Los límites de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad: La determinación de la carga excesiva

La determinación de la carga excesiva en el ordenamiento jurídico canadiense ha sido un elemento caracterizado principalmente por la jurisprudencia. A nivel legal, el legislador incorporó en el artículo 6 de la EEA una serie de circunstancias que eximen del cumplimiento de implementar la igualdad en el empleo, mandato este en el que se integra la obligación de realizar ajustes razonables. Este precepto consta de cuatro apartados⁷⁴⁷, entre los que se incluye la existencia de carga

(b) *If alternative standards were investigated and found to be capable of fulfilling the employer's purpose, why were they not implemented?*

(c) *Is it necessary to have all employees meet the single standard for the employer to accomplish its legitimate purpose or could standards reflective of group or individual differences and capabilities be established?*

(d) *Is there a way to do the job that is less discriminatory while still accomplishing the employer's legitimate purpose?*

(e) *Is the standard properly designed to ensure that the desired qualification is met without placing an undue burden on those to whom the standard applies?*

(f) *Have other parties who are obliged to assist in the search for possible accommodation fulfilled their roles? As Sopinka J. noted in Renaud, supra, at pp. 992-96, the task of determining how to accommodate individual differences may also place burdens on the employee and, if there is a collective agreement, a union".*

⁷⁴⁷ Concretamente, los factores que eximen del cumplimiento de la obligación empresarial de igualdad en el trabajo son la existencia de carga excesiva, la contratación de trabajadores que no cumplan con los requisitos esenciales para desarrollar las funciones profesionales, la contratación en el sector público sin tener en cuenta el principio de mérito, y, finalmente, la creación de nuevos puestos de trabajo.

El contenido original del precepto es el siguiente: "*The obligation to implement employment equity does not require an employer*

(a) to take a particular measure to implement employment equity where the taking of that measure would cause undue hardship to the employer;

(b) to hire or promote persons who do not meet the essential qualifications for the work to be performed;

excesiva. Sin embargo, el legislador ha plasmado este concepto para el contenido íntegro del denominado deber empresarial de implementar la igualdad de trato en el empleo, conceptualizado en el artículo 5 de la EEA⁷⁴⁸, y ello ha dificultado la configuración legal del concepto de carga excesiva en el marco de la obligación de realizar ajustes razonables. Los efectos de este diseño legal de la carga excesiva han propiciado una intervención jurisprudencial que aboga por la flexibilidad y el sentido común⁷⁴⁹.

Entrando a valorar las aportaciones de la doctrina judicial y jurisprudencial canadiense, la sentencia del TS, *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta*, [1990], 12 CHRR 417, es un referente en la valoración de la carga excesiva⁷⁵⁰. Este pronunciamiento judicial incluyó un listado, de carácter no exhaustivo⁷⁵¹, de circunstancias que deben ser valoradas en la determinación de la carga excesiva. En particular, los factores constatados son el coste financiero de la medida, el impacto respecto a la regulación del convenio colectivo, impacto moral en el trabajador, la flexibilidad de sustitución del trabajador y los medios de trabajo, el tamaño de la empresa y la seguridad en el trabajo⁷⁵².

(c) with respect to the public sector, to hire or promote persons without basing the hiring or promotion on merit in cases where the Public Service Employment Act requires that hiring or promotion be based on merit; or (d) to create new positions in its workforce."

⁷⁴⁸ En particular, el contenido literal de esta disposición es el siguiente: "Every employer shall implement employment equity by

(a) identifying and eliminating employment barriers against persons in designated groups that result from the employer's employment systems, policies and practices that are not authorized by law; and

(b) instituting such positive policies and practices and making such reasonable accommodations as will ensure that persons in designated groups achieve a degree of representation in each occupational group in the employer's workforce that reflects their representation in

(i) the Canadian workforce, or

(ii) those segments of the Canadian workforce that are identifiable by qualification, eligibility or geography and from which the employer may reasonably be expected to draw employees".

⁷⁴⁹ Así lo indica ELOSEGUI ITXASO, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, op. cit., pág. 138, que cita para ello a *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994], 22 CHRR 1.

⁷⁵⁰ Para un examen en profundidad de la misma, véase ETHERINGTON, B., "Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada's latest word on the duty to accommodate", *Canadian Labour Law Journal*, vol. 1, 1992, págs. 311-333; YALDEN, M., "The Duty to Accommodate-A View from the Canadian Human Rights Commission", op. cit., págs. 290-293; DAY, S.; BRODSKY, G., "The Duty to Accommodate: Who will Benefit?", op. cit., pág. 439-441.

⁷⁵¹ Tal y como se señala en el pronunciamiento, la no exhaustividad del listado de las circunstancias es una característica necesaria en la determinación de la carga excesiva, pues se trata de factores con un alcance muy distinto en cada caso.

⁷⁵² El fragmento de la sentencia que contiene el listado de circunstancias se reproduce a continuación: "They might include financial cost, disruption of a collective agreement, problems of morale of other employees, interchangeability of work force and facilities. The size of the employer's operation may influence the assessment of whether a given financial cost is undue or the ease with which the workforce and facilities can be adapted to the circumstances. Where safety is at issue both the magnitude of the risk and the identity of those who bear it are relevant considerations."

Asimismo, la sentencia del TS, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992], 16 CHRR 425, también introdujo valoraciones de interés, que, si bien se enmarcan en un supuesto de vulneración del derecho a la libertad religiosa, concretan que la carga excesiva debe ser de carácter sustancial. En efecto, el Tribunal identifica que la expresión “carga excesiva”⁷⁵³, supone la necesidad de que el esfuerzo empresarial realizado sea de una intensidad moderada, independientemente del tamaño de la unidad productiva⁷⁵⁴. En consecuencia, el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables exige que el empresario realice un esfuerzo, ya sea de carácter económico u organizativo, entre otros, para integrar o mantener al trabajador en el puesto de trabajo⁷⁵⁵. Así, la exención sólo operará cuando concurra la nota de excesividad, que deberá ser evaluada mediante la aplicación de la sentencia del TS, *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta*, [1990], 12 CHRR 417.

Estas dos sentencias ofrecieron una serie de pautas que han sido modeladas durante los últimos años. En este sentido, las aportaciones más significativas de la doctrina judicial y jurisprudencial canadiense sobre la carga excesiva se han centrado en la plasmación de cómo valorar cada una de las circunstancias no exhaustivas que se plasman en la sentencia del TS, *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta*, [1990], 12 CHRR 417. Así, por ejemplo, a propósito del coste de la medida, las sentencias del TS, *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994], 22 CHRR 1 y *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999], 35 CHRR 257, advierten de la necesidad de valorar el coste de la medida con sentido común y flexibilidad en función de las características del empresario y de cada caso en particular (*Chambly v. Bergevin*) y del peligro de simplificar la valoración del coste en el marco de la determinación de la carga excesiva, señalando que es necesario una prueba que vaya más allá del mero incremento de coste empresarial que suponga la medida (*British Columbia*).

⁷⁵³ La expresión original es “*Undue Hardship*”.

⁷⁵⁴ Vid. LEFRANCOIS, M, “The Scope of the Duty to Accommodate in the Large Employment Setting”, *Canadian Labour Law Journal*, vol. 5, 1997, pág. 43.

⁷⁵⁵ El tribunal es sumamente explícito en la sentencia referenciada anteriormente, en la que señala que: “*However, more than minor inconvenience must be shown before the complainant's right to accommodation can be defeated. [...] Minor interference or inconvenience is the price to be paid for religious freedom in a multicultural society*”.

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico canadiense carece de un desarrollo legal exhaustivo en materia de la determinación de la carga excesiva, circunstancia que a primera vista podría perjudicar al cumplimiento de la obligación objeto de estudio. Sin embargo, ello no ha sido óbice para desarrollar una caracterización flexible y detallada, ofreciendo así una cierta seguridad a los operadores jurídicos.

4.2.5. Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad

El incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el ordenamiento canadiense lleva aparejado la imposición de una sanción económica, regulada en el marco de la EEA, y la posibilidad de que el trabajador pueda iniciar una reclamación al amparo de la CHRA.

Respecto a las sanciones económicas, conviene referenciar de forma previa y sucinta la obligación empresarial de implementar la igualdad de oportunidades (*employment equity duty*). Este deber afecta a los empresarios que operen en Canadá, y se compone de dos mandatos establecidos en el artículo 5 de la EEA⁷⁵⁶: a) la identificación y eliminación de las barreras y obstáculos, que afecten negativamente a personas designadas como colectivos vulnerables⁷⁵⁷, como consecuencia de las prácticas, políticas y decisiones empresariales; y b) la realización de prácticas y políticas integradoras y el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables, a fin de integrar a las personas que formen parte de colectivos vulnerables. La obligación empresarial objeto de estudio se exige a

⁷⁵⁶ El texto íntegro de este precepto se reproduce a continuación:

"5 Every employer shall implement employment equity by

(a) identifying and eliminating employment barriers against persons in designated groups that result from the employer's employment systems, policies and practices that are not authorized by law; and
(b) instituting such positive policies and practices and making such reasonable accommodations as will ensure that persons in designated groups achieve a degree of representation in each occupational group in the employer's workforce that reflects their representation in

- (i) the Canadian workforce, or
- (ii) those segments of the Canadian workforce that are identifiable by qualification, eligibility or geography and from which the employer may reasonably be expected to draw employees."

⁷⁵⁷ Los colectivos que componen esta categoría son las mujeres, las personas con discapacidad, las personas nativas y miembros de minorías no visibles, tal y como se identifica en el artículo 3 de la EEA.

los empresarios mediante la presentación formal de una serie de documentos⁷⁵⁸, cuyo incumplimiento, junto a otras conductas⁷⁵⁹, está penalizado con sanciones económicas. Concretamente, el artículo 36.2 de la EEA se encarga de señalar que la realización de cualquier de las conductas contempladas en el artículo 35 de la EEA supondrá la imposición de una sanción económica de hasta 10.000 dólares canadienses⁷⁶⁰, importe que puede aumentar si el comportamiento empresarial se ha realizado de forma continuada⁷⁶¹. De esta manera, el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el ordenamiento jurídico canadiense no es sancionado de forma autónoma, sino que se integra en un deber empresarial más general en el marco de la asunción del deber de respetar la igualdad de oportunidades.

En segundo y último lugar, el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables permitirá al trabajador formalizar una reclamación contra el empresario, al amparo del artículo 4 de la CHRA. Este precepto se encarga de plasmar esta posibilidad siempre y cuando se produzca una conducta discriminatoria tipificada en los artículos 5 a 14.1 de la CHRA⁷⁶². Esta posibilidad

⁷⁵⁸ Véase el artículo 17 de la EEA, que los denomina “*Employment Equity Records*” y el artículo 18 de la EEA, que establece una serie de información a remitir con carácter anual, antes del 1 de junio.

En particular, la redacción del artículo 17 de la EEA señala: “*Every employer shall, in accordance with the regulations, establish and maintain employment equity records in respect of the employer’s workforce, the employer’s employment equity plan and the implementation of employment equity by the employer*”.

A propósito del artículo 18 de la EEA, se exige a los empresarios que comuniquen al Ministerio de Empleo Canadiense: “(a) *the industrial sector in which its employees are employed, the location of the employer and its employees, the number of its employees and the number of those employees who are members of designated groups; (b) the occupational groups in which its employees are employed and the degree of representation of persons who are members of designated groups in each occupational group; (c) the salary ranges of its employees and the degree of representation of persons who are members of designated groups in each range and in each prescribed subdivision of the range; and (d) the number of its employees hired, promoted and terminated and the degree of representation in those numbers of persons who are members of designated groups*”.

⁷⁵⁹ Véase el artículo 35 de la EEA, que plasma como conductas infractoras: “(a) *without reasonable excuse, fails to file an employment equity report as required by section 18; (b) without reasonable excuse, fails to include in the employment equity report any information that is required, by section 18 and the regulations, to be included; or (c) provides any information in the employment equity report that the employer knows to be false or misleading*”.

⁷⁶⁰ La cantidad equivalente en euros de dicha cifra asciende a 6.624,40 euros.

⁷⁶¹ Esta circunstancia se apreciará cuando la conducta empresarial infractora se extienda durante más de un día, de conformidad con el artículo 35.2 de la EEA. En particular, el texto literal de este precepto es el siguiente: “*A violation that is committed or continued on more than one day constitutes a separate violation for each day on which it is committed or continued*”.

⁷⁶² En este punto, conviene señalar que si bien es cierto que en el ámbito del empleo, la denegación de realizar ajustes razonables no se halla prevista explícitamente en los artículos 7 a 11 de la CHRA, si encajaría en el marco del artículo 5 de la CHRA, que se encarga de identificar como práctica discriminatoria la denegación de facilitar los ajustes necesarios disponibles para el público en general, e incluso en el artículo 7.a de la CHRA, que especifica que el no mantenimiento del empleo debido a alguno de los factores de no discriminación es una práctica discriminatoria.

se halla regulada en los artículos 39 a 65 de la CHRA, y el éxito de la reclamación supondrá la imposición de una serie de consecuencias previstas en el artículo 53.2 y 53.3 de la CHRA. Entre los cinco efectos definidos legalmente⁷⁶³, figura el pago de una serie de partidas indemnizatorias por los perjuicios que haya causado la decisión empresarial considerada discriminatoria. En particular, el legislador canadiense prevé el pago de todos los salarios que el trabajador haya dejado de percibir, así como los gastos incurridos que haya satisfecho, fruto de la conducta discriminatoria (artículo 53.2.c de la CHRA); la satisfacción de las cantidades que el trabajador haya debido abonar con el fin de obtener bienes, servicios o adaptaciones alternativas como consecuencia del comportamiento empresarial (artículo 53.2.d de la CHRA); y el pago de una compensación por los daños y perjuicios que el trabajador haya experimentado por la decisión empresarial, cuantía esta que no podrá exceder de la cantidad de veinte mil dólares canadienses⁷⁶⁴.

Asimismo, se prevé la posibilidad de otorgar una indemnización adicional, que no podrá superar la cantidad de veinte mil dólares canadienses, si se aprecia que la conducta empresarial se efectuó de forma voluntaria o imprudente (artículo 53.3 de la CHRA⁷⁶⁵). A todas estas cantidades deberán sumárseles los intereses que se consideren oportunos por los miembros del panel que resuelvan la reclamación, de conformidad con el artículo 53.4 de la CHRA.

⁷⁶³ Las consecuencias del éxito de la reclamación son el cese de la conducta discriminatoria, el cumplimiento de las medidas correspondientes para evitar o prevenir que se vuelva a producir el comportamiento objeto de condena, el restablecimiento de los derechos, oportunidades o privilegios infringidos a la víctima, la compensación de los salarios dejados de percibir, los costes adicionales o incurridos por la víctima y una indemnización por los daños sufridos como consecuencia del acto discriminatorio.

Concretamente, el contenido literal del mencionado precepto es el siguiente:

“(a) that the person cease the discriminatory practice and take measures, in consultation with the Commission on the general purposes of the measures, to redress the practice or to prevent the same or a similar practice from occurring in future, including (i) the adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 16(1), or (ii) making an application for approval and implementing a plan under section 17;

(b) that the person make available to the victim of the discriminatory practice, on the first reasonable occasion, the rights, opportunities or privileges that are being or were denied the victim as a result of the practice;

(c) that the person compensate the victim for any or all of the wages that the victim was deprived of and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice;

(d) that the person compensate the victim for any or all additional costs of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and

(e) that the person compensate the victim, by an amount not exceeding twenty thousand dollars, for any pain and suffering that the victim experienced as a result of the discriminatory practice”.

⁷⁶⁴ La conversión en euros de dicho importe supone el pago de una cantidad de 13.248,79 euros.

⁷⁶⁵ La transcripción literal de este precepto es la siguiente: *“In addition to any order under subsection (2), the member or panel may order the person to pay such compensation not exceeding twenty thousand dollars to the victim as the member or panel may determine if the member or panel finds that the person is engaging or has engaged in the discriminatory practice wilfully or recklessly”.*

4.3. Reino Unido

4.3.1. Antecedentes históricos

A nivel europeo, Reino Unido fue el primer país que integró la obligación de realizar ajustes razonables, mediante la DDA⁷⁶⁶, ofreciendo así una protección a las personas con discapacidad superior a la existente en los demás países de la UE⁷⁶⁷. Esta norma, actualmente derogada por la refundición llevada a cabo por la EqA⁷⁶⁸, surgió de la necesidad de instrumentar una protección específica hacia las personas con discapacidad⁷⁶⁹, colectivo desprovisto de tutela hasta ese momento⁷⁷⁰.

⁷⁶⁶ Para un examen histórico de la gestación de la DDA, véase PEARSON, C.; WATSON, N., "Tackling disability discrimination in the United Kingdom: the British Disability Discrimination Act", *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 23, 2007, págs. 95-120 y DOYLE, B., "Enabling Legislation or Dissembling Law? The Disability Discrimination Act 1995", *The Modern Law Review*, vol. 60, 1, 1997, págs. 64-78

⁷⁶⁷ Vid. LANE, J.; MUNKHOLM, N. V., "Danish and British Protection from Disability Discrimination at Work—Past, Present and Future", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 31, 1, 2015, págs. 96-97.

⁷⁶⁸ La EqA se aprobó con el objeto de refundir las distintas normas nacionales de protección en materia de igualdad y no discriminación, materia sobre la que la UE había dictado diversas Directivas. De esta manera, la EqA refunde la *Equal Pay Act 1970*, la *Sex Discrimination Act 1975*, la *Race Relations Act 1976*, la *Disability Act 1995*, así como diversos *statutory instruments* sobre no discriminación por razón de religión (S.I. 2003/1660), orientación sexual (S.I. 2003/1661 y S.I. 2007/1263) y edad (S.I. 2006/1031).

⁷⁶⁹ Tal y como sucedió con las normas que abordaban otras causas de discriminación, las razones de su aprobación se basaban en la existencia de una realidad social que requería soluciones legales específicas, sensiblemente distintas a las de otros países europeos. Tal forma de proceder es innegablemente cercana a los Estados Unidos, que optaron por una solución similar de forma previa en el marco de la lucha de los derechos civiles, tal y como puede examinarse en el apartado 4.1 de este estudio.

De hecho, esta orientación pragmática es especialmente problemática con el modelo de justicia social europeo imperante en aquel momento, tal y como señala O'CONNOR, C.; LIU, K., "Defining the Limits of Discrimination Law in the United Kingdom: Principle and Pragmatism in Tension", *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 15, 1-2, 2015., pág. 82. En efecto, las tensiones a nivel normativo entre la UE y Reino Unido en materia de protección de las personas con discapacidad se originaron como consecuencia del planteamiento europeo en aquel momento, que optó por la protección de la salud y seguridad en el trabajo (artículo 15 Dir. 89/391 y grupos especialmente sensibles), omitiendo la tutela antidiscriminatoria para este colectivo hasta la aprobación de la Directiva 2000/78. Como puede apreciarse, Reino Unido aprobó su propio marco de protección a las personas con discapacidad en 1995, y no fue hasta la aprobación de la Directiva 2000/78 que la protección, ligeramente distinta a la DDA, se expandió a nivel europeo. Este fue, precisamente, el momento en el que el conflicto, latente desde la aprobación de la DDA por su perspectiva pragmática, se materializó, especialmente respecto a la caracterización de la discriminación indirecta. Para un estudio en profundidad sobre las diferencias en la evolución del tratamiento de la no discriminación e igualdad de oportunidades entre Reino Unido y la UE, véase FREDMAN, S., "Equality: A New Generation", *Industrial Law Journal*, vol. 30, 2, 2001, págs. 214-240.

⁷⁷⁰ En este sentido, véase PEARSON, C.; WATSON, N., "Tackling disability discrimination in the United Kingdom", *op. cit.*, pág. 98 y BUNBURY, S., "The Employer's Duty to Make Reasonable Adjustments. When is a Reasonable Adjustment, Not Reasonable?", *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 10, 3, 2009, pág. 111, que señalan que la DDA fue la primera norma europea de tratamiento de la discriminación por razón de discapacidad.

La DDA fue una norma pionera, que instrumentaba una protección asimétrica⁷⁷¹, con vocación transversal, si bien su recepción inicial no fue especialmente positiva⁷⁷². Partiendo de una estructura basada en un total de ocho partes, el legislador británico pretendía lograr la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida de las personas con discapacidad. Así, la DDA incluye disposiciones que se aplican en el ámbito del empleo (*Part II*); bienes y servicios (*Part III*, secciones 19 a 21.a); educación (*Part IV*), que abarcaba tanto el nivel escolar básico o primario hasta la educación superior; y, por último, el acceso y prestación de servicios de diversos medios de transporte público (*Part V*), como por ejemplo taxis y trenes.

No obstante, el eje central de esta norma era la tutela en el ámbito de las relaciones laborales, ya no sólo por su extensión, sino por la amplia cobertura protectora que ofrece⁷⁷³, incluso tras haber finalizado el contrato de trabajo. Y en el marco de las medidas que ofrece la DDA, se incorpora por primera vez la obligación de realizar ajustes razonables para personas con discapacidad en el puesto de trabajo⁷⁷⁴.

⁷⁷¹ Tal y como señala LAWSON, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, op. cit., pág. 7, "This means that, [...] treating a disabled person more favourably than a non-disabled person is not prohibited by the DDA". En este mismo sentido, véase PALMER, C.; MCCOLGAN, A. (EDS.), *Discrimination law handbook*, 2nd ed, Legal Action Group, London, 2007, pág. 196, que sostienen que "It follows from this that the model of discrimination in the DDA is not symmetrical".

⁷⁷² Tal y como señala PALMER, C.; MCCOLGAN, A. (EDS.), *Discrimination law handbook*, op. cit., pág. 193, "the DDA was initially seen as a watered-down versión of the sex and race discrimination legislation. Consistent with its poor relation status, the rights were hedged with caveats and exemptions not seen in other anti-discrimination legislation", ofreciendo como muestras de ello la ausencia de definición de discriminación directa o la exención de aplicación de la protección a aquellas empresas con veinte o menos trabajadores, entre otras.

⁷⁷³ Tal y como señala BUNBURY, S., "The Employer's Duty to Make Reasonable Adjustments. When is a Reasonable Adjustment, Not Reasonable?", op. cit., pág. 111, la *Discrimination Disability Act 1995* condena la discriminación por discapacidad en prácticamente todos los estadios de la relación laboral, esto es, desde la contratación hasta el despido o extinción del contrato de trabajo.

⁷⁷⁴ Vid. PALMER, C.; MCCOLGAN, A. (EDS.), *Discrimination law handbook*, op. cit., pág. 196 que señala que "The introduction by the DDA of a positive duty on employers to make reasonable adjustments to assist disabled people in certain circumstances was a new concept in discrimination law. Its purpose was to create genuine equality of opportunity for disabled people and to promote fair treatment at, and equal access to, work".

En este mismo sentido, véase LISSACK, R. y SHORT, A., "Disability Discrimination Act: A Reasonable Approach to Reasonable Adjustment", *Employment Law Journal*, vol. 66, 2005., pág. 10; PALMER, C.; MCCOLGAN, A. (EDS.), *Discrimination law handbook*, op. cit., pág. 195; y LAWSON, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, op. cit., pág. 7 que destacan el papel central de la obligación de realizar ajustes razonables en la DDA.

A nivel judicial, las sentencias del Tribunal de Apelación Laboral *Clark v Novacold* [1999] UKEAT 1284_97_1707 y *Smith v Churchill Stairlifts plc* [2005] UKEAT 0674_04_0212 también coinciden en que la DDA introduce importantes novedades a nivel legislativo, tal y como señala *Ibid.*, pág. 7.

Bajo la denominación “*Duty to Make Reasonable Adjustments*”, que es distinta a la expresión usada por el legislador norteamericano⁷⁷⁵, se integra, por primera vez en un país de la UE, una de las principales medidas de igualdad de oportunidades y no discriminación. La importancia de este hecho debe destacarse más si cabe si tenemos en cuenta el año en el que se produce, esto es, 1995. En este momento temporal, el paradigma de tratamiento de la discapacidad imperante era el modelo médico⁷⁷⁶, y de ahí que la introducción de la obligación de realizar ajustes razonables sea considerada como una medida pionera⁷⁷⁷, de innegable influencia anglosajona⁷⁷⁸.

Su regulación se introdujo en la sección 4a, 5, 6, y 7 de la DDA, y sin ánimo de analizar de forma exhaustiva el régimen jurídico de la obligación en aquel momento⁷⁷⁹, sí que interesa destacar la pretensión del legislador de clarificar legalmente ciertos aspectos conflictivos de la obligación, probablemente como consecuencia de la experiencia norteamericana⁷⁸⁰. En este sentido, la DDA se ha encargado de definir, en las distintas revisiones normativas que ha sufrido a lo largo del tiempo, la obligación de realizar ajustes razonables⁷⁸¹, la definición de qué conductas pueden considerarse como discriminatorias en el marco de esta obligación⁷⁸² – entre las que se incluye la no realización de las adaptaciones-, y

⁷⁷⁵ Las diferencias entre las expresiones “*adjustment*” y “*accommodation*” es una cuestión que no ha sido abordada por la doctrina científica, y ostenta una cierta importancia en el plano terminológico. Si examinamos sus definiciones, el alcance de “*adjustment*” aparenta ser mucho más limitado, ya que se define por el Oxford Dictionary como “*A small alteration or movement made to achieve a desired fit, appearance, or result.*” Por el contrario, la palabra “*accommodation*”, definida como “*the process of adapting or adjusting to someone or something*” por el Oxford Dictionary, denota un carácter mucho más cercano al modelo social, fundamentalmente porque se observa una pretensión amplia de eliminar barreras al introducir la idea de la adaptación en la propia definición, que, dicho sea de paso, es mucho más cercana a la CIDPD.

⁷⁷⁶ El paradigma de tratamiento de la discapacidad integrado en el marco jurídico internacional se centraba específicamente en la rehabilitación y curación de la persona con discapacidad, omitiendo la normalización inherente a la exigencia de realizar ajustes razonables. Para un examen del marco jurídico internacional, véase el capítulo 2 del presente estudio.

⁷⁷⁷ En este sentido, véase BUNBURY, S., “The Employer’s Duty to Make Reasonable Adjustments. When is a Reasonable Adjustment, Not Reasonable?”, *op. cit.*, pág. 111, que destaca la importancia que supuso la DDA en la inserción de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo.

⁷⁷⁸ Para un estudio en profundidad de la evolución y caracterización actual de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad, véase el apartado 4.1 de esta obra.

⁷⁷⁹ En este sentido, véase PALMER, C.; MCCOLGAN, A. (EDS.), *Discrimination law handbook, op. cit.*, págs. 195-205.

⁷⁸⁰ Para un estudio en profundidad de la evolución y caracterización actual de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad, véase el apartado 4.1 de esta obra.

⁷⁸¹ Véase Sección 4a y 6 de la DDA.

⁷⁸² Véase Sección 5 de la DDA.

una excepción de aplicación a aquellas empresas con un número de trabajadores inferior a quince personas⁷⁸³.

Los efectos de la introducción de esta medida saltan a la vista: las ratios de empleo de personas con discapacidad crecieron del 38 % al 48 %⁷⁸⁴. Sin embargo, la presencia de personas con discapacidad en el ámbito del empleo estaba lejos de ser un hecho habitual, y ello se atribuyó a dos circunstancias: la problemática definición del concepto de persona con discapacidad⁷⁸⁵, y la extremadamente compleja regulación de la obligación de realizar ajustes razonables⁷⁸⁶.

Ante estas dificultades⁷⁸⁷, y otras sobre las que no es oportuno detenerse⁷⁸⁸, se aprobó la EqA, que entró en vigor el 1 de octubre de 2010, y pretendía refundir todas las disposiciones sobre no discriminación⁷⁸⁹, simplificando y armonizando

⁷⁸³ Véase Sección 7 de la DDA.

⁷⁸⁴ Así lo señala el informe de la oficina de igualdad del Gobierno británico de 2008, titulado "Framework for a Fairer Future – The Equality Bill", pág. 7.

⁷⁸⁵ Vid. WOODHAMS, C.; CORBY, S., "Defining Disability in Theory and Practice: A Critique of the British Disability Discrimination Act 1995", *Journal of Social Policy*, vol. 32, núm. 02, 2003, pág. 161.

⁷⁸⁶ Vid. LAWSON, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, *op. cit.*, pág. 77 y BUNBURY, S., "The Employer's Duty to Make Reasonable Adjustments. When is a Reasonable Adjustment, Not Reasonable?", *op. cit.*, pág. 112-126 que critican la configuración de la obligación a la luz de la DDA, ya que se concibe como un deber reactivo condicionado a que el empresario tenga conocimiento de las necesidades individuales del trabajador.

Asimismo, LANE, J.; MUNKHOLM, N. V., "Danish and British Protection from Disability Discrimination at Work—Past, Present and Future", *op. cit.*, pág. 97-98 señalan que otro de los defectos que presentaba la DDA era el ámbito de aplicación subjetivo de la sección 7.

En esta misma línea, pero con carácter más general, véase GOODING, C., "The Disability Discrimination Act 1995: An Overview", en COOPER, J. (ed.) *Law Rights and Disability*, Kingsley, Londres, 2000, págs. 139-163, se muestra especialmente crítico con el concepto de persona con discapacidad y la mencionada obligación, cuya configuración legal dejaba poco margen para realizar una interpretación tuitiva que garantizase la igualdad de oportunidades de este colectivo.

⁷⁸⁷ Para un estudio en profundidad sobre las críticas doctrinales formuladas a la DDA, véase MEAGER, N, ET AL., "Monitoring the Disability Discrimination Act", *DfEE Research Report*, vol. 11, 1999; GOODING, C., "Disability Discrimination Act: from statute to practice", *Critical Social Policy*, vol. 20, 4, 2000, págs. 533-549; GOSS, D.; GOSS, F.; ADAM-SMITH, D., "Disability and employment: a comparative critique of UK legislation", *International Journal of Human Resource Management*, vol. 11, 4, 2000, págs. 807-821 y, finalmente, WOODHAMS, C.; CORBY, S., "Defining Disability in Theory and Practice", *cit.*, págs. 159-160.

⁷⁸⁸ La aprobación de la Directiva 2000/78 también contribuyó enormemente a la refundición de los textos normativos sobre no discriminación, pues esta norma europea exigía la instrumentación de protección frente a causas de discriminación sobre las que Reino Unido no había legislado en el sentido exigido por la Directiva, a saber, edad, orientación sexual, religión, tal y como señalan O'CONNOR, C.; LIU, K., "Defining the limits of discrimination law in the United Kingdom", *op. cit.*, pág. 83.

Para un estudio en profundidad sobre el impacto de la Directiva 2000/78 en el ordenamiento jurídico de Reino Unido, véase WELLS, K., "The Impact of the Framework Employment Directive on UK Disability Discrimination Law", *Industrial Law Journal*, vol. 32, 4, 2003, págs. 253-273.

⁷⁸⁹ Tal y como señala el informe de la oficina de igualdad del Gobierno británico "Framework for a Fairer Future – The Equality Bill", 2008, pág. 6, el número de normas británicas sobre no discriminación antes de la aprobación de la EqA ascendía a 9 leyes y más de 100 reglamentos.

Sobre los efectos de la existencia de disposiciones en distintos cuerpos normativos, véase FREDMAN, S., "Equality: A New Generation", *op. cit.*, pág. 229, que se ha mostrado especialmente crítica con este hecho, pues "such a hierarchy is highly problematic, in that it necessitates bright line distinctions between different

así la protección en este ámbito⁷⁹⁰. En este sentido, la EqA posee una mejor técnica legislativa, pues mantiene el formato de la DDA - definición general de discriminación y protección específica en diversos ámbitos- e introduce mejoras en su conceptualización. Así, por ejemplo, la EqA elimina la distinción mediante la cual las discriminaciones por razón de sexo y edad debían fundarse en las características de la persona discriminada y las discriminaciones por razón de raza, religión y discriminación sexual debían fundamentarse en los rasgos de otra persona; y define la discriminación indirecta como aquellas situaciones en las que existe una disposición, criterio o práctica que, aplicada tanto a personas que ostentan la característica protegida como a aquellas que no la tienen, ocasiona una desventaja particular a las personas con dicha característica, por citar algunas⁷⁹¹.

En materia de discapacidad, las secciones 13.3, 15, 19, 20, 21, 22 de la EqA se encargan de construir el marco legal de protección contra la discriminación por razón de discapacidad en el ámbito del empleo, al que debe sumársele el correspondiente desarrollo reglamentario, habilitado ex sección 22 de la EqA y es llevado a cabo mediante el reglamento EqAR, así como el Anexo 8 de la EqA, dedicado a los ajustes razonables. Las novedades más significativas que plasma la EqA se concentran en tres campos: la discriminación derivada por discapacidad, una configuración más extensa de la obligación de realizar ajustes razonables y la prohibición de las revisiones médicas precontractuales.

Las disposiciones previstas en la EqA conceptualizan dos tipos de conductas que pueden considerarse discriminatorias: a) aquellas que aparecen como consecuencia de la discapacidad, previstas en la sección 15 de la EqA⁷⁹²; y b) el

grounds of discrimination. This in turn is based on an assumption that groups are mutually exclusive, defined according to objective characteristics, and operating in opposition to one another".

⁷⁹⁰ En palabras de O'CONNOR, C.; LIU, K., "Defining the limits of Discrimination Law in the United Kingdom", *op. cit.*, pág. 84, la EqA pretendía "[...] a generally uniform approach to discrimination based on the 'protected characteristics' of age, disability, gender reassignment, marital status and civil partnership, pregnancy and maternity, race, religion or belief, sex and sexual orientation."

En esta misma dirección, véase HEPPLER, B., "The New Single Equality Act in Britain", *The Equal Rights Review*, vol. 5, 2010, págs. 11-24.

⁷⁹¹ Para un estudio más detallado de las modificaciones que contiene la EqA, véase HAND, J., "Outside the Equality Act: Non-standard Protection from Discrimination in British Law", *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 15, 4, 2015, págs. 207-213.

⁷⁹² La sección 15 de la EqA establece que se producirá discriminación por razón de discapacidad cuando una persona trata desfavorablemente a otra por razón de su discapacidad y no es posible probar la existencia de

incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables ex secciones 20, 21 y 22 de la EqA⁷⁹³. Asimismo, es necesario mencionar que existe la posibilidad de que un empleador pueda instrumentar medidas de acción positiva al amparo de las secciones 158 y 159 de la EqA, referidas estas a cualquiera de las causas de discriminación previstas en la EqA⁷⁹⁴. Como último aspecto a destacar, debe señalarse que la EqA incorpora la prohibición de que los empresarios puedan solicitar información respecto al estado de salud del futuro trabajador en el marco de procesos de selección, e incluso impide que aquellos puedan exigir como requisito precontractual la realización de revisiones médicas, novedades estas que ha sido bien recibidas por la doctrina⁷⁹⁵.

Como puede observarse, la EqA significó un paso adelante en la protección contra la discriminación en general y la discapacidad en particular, pues fomentó la introducción de mejoras en las medidas de igualdad de oportunidad ya existentes a la vez que simplificó su acceso normativo. Y en este punto, la obligación de realizar ajustes razonables fue una de las instituciones más afectadas por las modificaciones que propone la EqA. En efecto, la EqA ordena y armoniza la mencionada obligación, optando por introducir modificaciones en el marco de esta obligación en ámbitos distintos al empleo, con la pretensión de uniformizar la igualdad de oportunidades de este colectivo a todos los niveles⁷⁹⁶.

razones objetivas que fundamenten su decisión. Asimismo, el apartado 2 de la sección 15 de la EqA contempla que la existencia de un trato desfavorable a una persona con discapacidad no será constitutiva de discriminación siempre y cuando pueda probarse el desconocimiento de la discapacidad.

⁷⁹³ Las secciones 20 a 22 de la EqA se encargan de prever la caracterización de la obligación de realizar ajustes razonables (sección 20) – que será analizada en el epígrafe 4.3.3 de este estudio-, qué debe considerarse un incumplimiento de la obligación (sección 21) – que será analizada en el apartado 4.3.5 de esta obra-, y finalmente, la posibilidad de desarrollar reglamentariamente y su alcance material respecto a la ya citada obligación, que se llevó a cabo mediante *The Equality Act 2010 (Disability) Regulations 2010*.

⁷⁹⁴ Tal y como señala LANE, J.; MUNKHOLM, N. V., “Danish and British Protection from Disability Discrimination at Work—Past, Present and Future”, *op. cit.*, pág. 99 estas disposiciones permiten que un empresario priorice a una persona vulnerable – como pueden ser las personas con discapacidad- en el proceso de selección, pero sólo en aquellos supuestos en los que existan dos o más candidatos con idéntica calificación.

⁷⁹⁵ Vid. CASSERLEY, C.; GOODING, C., “Disability”, *Discrimination Law Association Briefings*, vol. 40, 563, 2010, LAWSON, A., “Disability and Employment in the Equality Act 2010: Opportunities Seized, Lost and Generated”, *Industrial Law Journal*, vol. 40, 4, 2011, págs. 369-371 y LANE, J.; MUNKHOLM, N. V., “Danish and British protection from Disability Discrimination at Work—Past, Present and Future”, *op. cit.*, pág. 100 que sostienen que esta prohibición es una de las novedades más importantes de la EqA respecto a la DDA.

⁷⁹⁶ Tal y como señala LAWSON, A., “Disability and Employment in the Equality Act 2010: Opportunities Seized, Lost and Generated”, *op. cit.*, pág. 368, un claro ejemplo de la pretensión normativa de homogeneizar la protección lo encontramos en la aplicación del concepto “*substantial disadvantage*”, cuya caracterización se detallará en el apartado 4.3.2 de este estudio. Concretamente, la EqA introduce la aplicación de este elemento a todos los ámbitos, ya que anteriormente sólo se aplicaba en el empleo, y la expresión “*substantial*” es definida, ex sección 212.1, de forma que se disminuye el impacto de la desventaja exigida para considerar una conducta discriminatoria.

La influencia de la CIDPD sobre este punto es innegable, ya que el legislador británico pretende mejorar el cumplimiento de la obligación a los distintos ámbitos de la vida⁷⁹⁷.

Sin embargo, esta norma no acaba de solventar alguna de las deficiencias de las que adolecía la DDA, hallándonos ante lo que la doctrina ha calificado como una oportunidad perdida por parte del legislador⁷⁹⁸. Ya no sólo por las limitaciones que presenta el concepto de persona con discapacidad, que serán objeto de comentario más adelante⁷⁹⁹, o la ausencia de previsión de participación política de las personas con discapacidad en materia de igualdad⁸⁰⁰, sino por el inexistente reconocimiento constitucional del derecho a la no discriminación⁸⁰¹. Y en estrecha conexión con este punto, conviene señalar que estas cuestiones están vinculadas al cumplimiento de disposiciones incardinadas en la CIDPD⁸⁰², lo que cuestiona indirectamente la correcta implementación de la CIDPD en Reino Unido⁸⁰³.

Como última crítica a apuntar, resulta de interés destacar el afianzamiento de la EqA en el modelo médico de tratamiento de la discapacidad. Esta circunstancia se aprecia especialmente en la definición de persona con discapacidad constatada en la sección 6.1, que exige la existencia de una discapacidad física o mental y, además, que esta sea de carácter sustancial y de larga duración, produciendo efectos negativos en el desarrollo de las actividades diarias. Sin

⁷⁹⁷ Para un análisis en profundidad sobre la expansión que propugna la CIDPD, véase el epígrafe 2.3.3 de esta obra.

Un examen de esta cuestión, en clave europea, puede consultarse en WADDINGTON, L.; BRODERICK, A., "Disability Law and Reasonable Accommodation Beyond Employment. A legal Analysis of the Situation in EU Member States", *Comisión Europea*, 2016, disponible en : http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/reasonable_accomodation_beyond_employment_final2.pdf

⁷⁹⁸ Vid. LAWSON, A., "Disability and Employment in the Equality Act 2010: Opportunities Seized, Lost and Generated", *op. cit.*, págs. 359-383 y LANE, J.; MUNKHOLM, N. V., "Danish and British Protection from Disability Discrimination at Work—Past, Present and Future", *op. cit.*, pág. 100.

⁷⁹⁹ Véase el apartado 4.3.2 de este estudio.

⁸⁰⁰ Sobre esta cuestión, véase LAWSON, A., "Disability and Employment in the Equality Act 2010: Opportunities Seized, Lost and Generated", *op. cit.*, págs. 379-381 y PEARSON, C. ET AL, "Don't Get Involved: An Examination of How Public Sector Organisations in England Are Involving Disabled People in the Disability Equality Duty", *Disability and Society*, vol. 26, 2011, pág. 266.

⁸⁰¹ Vid. O'CONNOR, C.; LIU, K., "Defining the Limits of Discrimination Law in the United Kingdom", *op. cit.*, pág. 85.

⁸⁰² Vid. LAWSON, A., "Disability and Employment in the Equality Act 2010: Opportunities Seized, Lost and Generated", *op. cit.*, pág. 383.

⁸⁰³ Sobre esta cuestión, véase FRASER BUTLIN, S., "The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Does the Equality Act 2010 Measure up to UK International Commitments?", *Industrial Law Journal*, vol. 40, 4, 2011, págs. 428-438.

ánimo de analizar su caracterización en este momento⁸⁰⁴, es conveniente señalar que la definición no incorpora referencia alguna a cómo afectan las barreras sociales al desempeño de las actividades cotidianas, extremo este importantísimo a fin de apreciar el encaje de la conceptualización de persona con discapacidad con la definición contemplada en el artículo 1 de la CIDPD. Si a ello le sumamos una configuración de la obligación de realizar ajustes razonables de naturaleza reactiva, que se centra especialmente en las limitaciones del trabajador y omite cualquier referencia a eliminación de los obstáculos existentes, tal y como se examinara en el apartado 4.3.3 de este estudio, nos encontramos ante una protección poco efectiva en aras de lograr la integración e igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

4.3.2. El concepto de persona con discapacidad

El concepto de persona con discapacidad en el ordenamiento jurídico británico se halla definido actualmente en la sección 6.1 de la EqA, que debe ser interpretado a la luz de las consideraciones incluidas en el anexo “*Schedule 1*” de la EqA y EqAR, este último texto de carácter poco relevante para el concepto de persona con discapacidad⁸⁰⁵. A tales fuentes, debe sumársele el documento *Equality Act 2010 Guidance. Guidance on matters to be taken into account in determining questions relating to the definition of disability*⁸⁰⁶, elaborado por Office for Disability Issues (HM Government) en 2011. Su importancia en la determinación de la existencia de una discapacidad es capital para los operadores jurídicos, ya que su

⁸⁰⁴ A tal efecto, véase el epígrafe 4.3.3 de esta obra.

⁸⁰⁵ En efecto, este reglamento consta de cuatro artículos (*Part 2*) relativos al concepto de persona con discapacidad que se encargan de excluir distintas situaciones de la posibilidad de ser calificadas como discapacidad. Así, por ejemplo, la cleptomanía, el exhibicionismo o la piromanía, entre otras, no pueden ser calificadas como patologías que den lugar a una discapacidad.

⁸⁰⁶ Este documento puede consultarse íntegramente en el siguiente link: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/570382/Equality_Act_2010-disability_definition.pdf

eficacia es vinculante ante los tribunales británicos⁸⁰⁷, a pesar de no tener eficacia jurídica como fuente del Derecho⁸⁰⁸.

El legislador ha optado por contemplar un único concepto de persona con discapacidad, esto es, sin prever una definición a efectos de la obligación de realizar ajustes razonables. Así, la consideración de persona con discapacidad se condiciona legalmente a la apreciación de dos circunstancias: a) la existencia de una deficiencia física o mental⁸⁰⁹; y b) que aquella manifieste efectos negativos de manera sustancial y a largo plazo en el desarrollo de actividades cotidianas⁸¹⁰. En un plano judicial, la sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Goodwin v The Patent Office [1999] IRLR 4*, sostiene que el análisis procesal de esta cuestión debe efectuarse examinando cuatro cuestiones: a) la existencia de una patología que pueda considerarse una deficiencia física o mental; b) la constatación de un efecto negativo en el desarrollo de actividades cotidianas; c) la consideración como sustancial del efecto negativo⁸¹¹; y, finalmente, d) la demostración de un carácter temporal duradero del efecto negativo.

⁸⁰⁷ El párrafo 2 del apartado “Guidance” de la Sentencia del Tribunal de Apelación Laboral *Goodwin v The Patent Office [1999] IRLR 4*, constata que: “Section 3 of the Act empowers the Secretary of State to issue guidance on the disability issue. And in addressing the substantial and long-term conditions [see below] a tribunal “shall” take such guidance into account.” No obstante, conviene aclarar que este documento debe aplicarse cuando existan dudas razonables de la existencia de una discapacidad, y de forma selectiva en la valoración de los distintos componentes de la definición de discapacidad, tal y como señala la citada sentencia en el párrafo cuarto del apartado “The substantial condition”.

⁸⁰⁸ Vid. DOYLE, B., *Disability discrimination: law and practice*, 6th ed, Jordan Publishing Ltd, Bristol, 2008, pág. 13 *in fine*, que señala que “the revised guidance does not impose any legal obligations in itself and is not designed to be an authoritative statement of law.”, cuestión esta que se ha mantenido intacta con la aprobación de la EqA.

⁸⁰⁹ Nótese que la EqA no reconoce el concepto de discapacidad de forma genérica, y ello plantea dudas respecto a la calificación de patologías sobre cuya naturaleza no existe consenso médico, como por ejemplo la bulimia nerviosa o el síndrome de fatiga crónica, tal y como señala *Ibid.* pág. 20.

Esta cuestión ha sido considerada por la doctrina judicial británica, que ha sostenido en el apartado 22 de la Sentencia del Tribunal de Apelación Laboral *Gittins v. Oxford Radcliffe NHS Trust [2000] UKEAT 193_99_0405*, que la clave para la determinación de una discapacidad en estos casos es el análisis de los efectos que la patología o deficiencia provoca en la persona en cuestión.

Asimismo, mención expresa requiere, en este punto, el reconocimiento de las deficiencias sensoriales como discapacidad, cuestión esta no reflejada en la EqA 2010 pero expresamente constatada en el apartado A5 de Office for Disability Issues (HM Government), “*Equality Act 2010 Guidance. Guidance on matters to be taken into account in determining questions relating to the definition of disability*”, 2011, pág. 8.

⁸¹⁰ El texto original de la sección 6.1 es el siguiente: “(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.”

⁸¹¹ La sustancialidad de los efectos negativos es una cuestión no definida por la norma. No obstante, el documento Office for Disability Issues (HM Government), “*Equality Act 2010 Guidance. Guidance on matters to be taken into account in determining questions relating to the definition of disability*”, 2011, pág. 14, define el concepto sustancial como “a limitation going beyond the normal differences in ability which may exist among people”. De hecho, tal es su importancia las págs. 14-26 mencionan como elementos a tener en cuenta el tiempo necesario y las dificultades para realizar la actividad en cuestión, los efectos acumulativos

Esta definición debe ser complementada con las directrices previstas en el anexo “*Schedule 1*”, de mayor extensión, que incluye una serie de precisiones sobre el significado de diversas expresiones contenidas en la sección 6.1 de la EqA. Sin ánimo de analizar la completa extensión de este anexo, sí que conviene mencionar algunas de las previsiones más significativas. El citado anexo parte de una estructura que focaliza su atención en dos objetivos: a) clarificar el contenido de las expresiones que conforman el concepto “persona con discapacidad”; b) instrumentar una protección análoga a situaciones muy particulares, ofreciendo así cobertura a enfermedades o condiciones que podrían plantear dudas sobre su integración en el ámbito del concepto “persona con discapacidad”.

Así, en primer lugar, el citado anexo clarifica el significado del concepto “larga duración”, ex apartado 2.1 *Schedule 1*. En este sentido, los efectos de la discapacidad se entenderán que tienen larga duración si se han extendido durante los últimos doce meses, si es probable que se extiendan durante un periodo de doce meses o si es probable que se manifiesten durante el resto de la vida de la persona en cuestión. En este sentido, el documento “*Equality Act 2010 Guidance. Guidance on matters to be taken into account in determining questions relating to the definition of disability*” indica que no se requiere una manifestación uniforme o idéntica de los efectos negativos a los efectos de atribuir la consideración de larga duración a la patología⁸¹². Asimismo, el legislador protege otras situaciones que podrían ser conflictivas en relación con su consideración como patologías o deficiencias a largo plazo. Bajo la expresión “*recurring condition*”, se contempla de forma expresa que se mantendrá la condición de persona con discapacidad en aquellas situaciones en las que los efectos de la

que puede generar la deficiencia en distintas tareas, los efectos del entorno sobre el desarrollo de la actividad o la existencia de un tratamiento médico y sus efectos, entre otros.

⁸¹² La página 31 del citado documento sostiene que “*It is not necessary for the effect to be the same throughout the period which is being considered in relation to determining whether the ‘long-term’ element of the definition is met. A person may still satisfy the long-term element of the definition even if the effect is not the same throughout the period. It may change: for example, activities which are initially very difficult may become possible to a much greater extent. The effect might even disappear temporarily. Or other effects on the ability to carry out normal day-to-day activities may develop and the initial effect may disappear altogether.*”

discapacidad desaparezcan, pero exista probabilidad de que se manifiesten en el futuro⁸¹³.

Además, el apartado 1.5 *Schedule 1* precisa qué debe entenderse por otro de los conceptos centrales de persona con discapacidad: los efectos negativos en el desarrollo de actividades cotidianas. A tal efecto, se identifican dos circunstancias que deben concurrir cumulativamente, a saber, que la persona reciba tratamiento o asistencia para los síntomas que le generan la deficiencia y que ello genere o tenga como finalidad generar un efecto de tratamiento o mejora⁸¹⁴. Por expresa mención legal *ex* apartado 5.2 *Schedule 1*, la expresión “tratamiento” incluye el tratamiento médico y el uso de prótesis u otro tipo de apoyos.

Paralelamente, debe destacarse la especial mención a ciertas enfermedades que, en todo caso, se considerarán discapacidad⁸¹⁵. El apartado 6 *Schedule 1* menciona como tales el cáncer, la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana y síndrome de inmunodeficiencia adquirida y la esclerosis múltiple. Esta mención es muy positiva, pues elimina la discusión judicial en este tipo de casos, pero hubiera sido interesante introducir una mención a enfermedades crónicas, que ampliase el ámbito de aplicación material a situaciones de similar importancia⁸¹⁶. Otra previsión legal destacable dentro de la *voluntas legislatoris* de extender la protección a situaciones aparentemente sin cobertura es la incluida en el apartado 8 *Schedule 1*, que se encarga de introducir el concepto de “condición

⁸¹³ (2) *If an impairment ceases to have a substantial adverse effect on a person's ability to carry out normal day-to-day activities, it is to be treated as continuing to have that effect if that effect is likely to recur.*

Sobre esta cuestión, los apartados 19 a 31 de la sentencia del Tribunal de Apelación Laboral *Swift v. Chief Constable of Wiltshire Constabulary* [2004] UKEAT 0484_03_1802, sostiene que la determinación de una “recurring condition” exige el análisis de cuatro cuestiones: a) *was there at some stage an impairment which had a substantial adverse effect on the Applicant's ability to carry out normal day-to-day activities?*; b) *did the impairment cease to have a substantial adverse effect on the Applicant's ability to carry out normal day-to-day activities, and if so when?*; c) *what was the substantial adverse effect?*; d) *is that substantial adverse effect likely to recur?*

⁸¹⁴ “5 (1) *An impairment is to be treated as having a substantial adverse effect on the ability of the person concerned to carry out normal day-to-day activities if— (a) measures are being taken to treat or correct it, and (b) but for that, it would be likely to have that effect.*”

⁸¹⁵ La inclusión de este aspecto se efectuó como consecuencia de las observaciones realizadas en el marco del informe “From Exclusion to Inclusion. A Report of the Disability Rights Task Force on Civil Rights for Disabled People”, elaborado por Task Force on Civil Rights for Disabled People en Diciembre 1999, que puede consultarse en <http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/disability-rights-task-force-drtf.pdf>

⁸¹⁶ No obstante, es cierto que el Tribunal de Apelación Laboral se ha mostrado especialmente proclive a reconocer como discapacidad enfermedades como síndrome de estrés post-traumático (*Abbey National Plc v. Dutton* [2004] UKEAT 0879_04_2001), dislexia (*Price v. Transport for London* [2011] UKEAT 0005_11_0605), depresión (*Jennings v. Barts and the London NHS Trust* [2012] UKEAT 0056_12_0502) y el trastorno de personalidad (*The Carphone Warehouse Ltd v. Mr S Martin* [2013] UKEAT 0371_12_1202).

progresiva”⁸¹⁷. Bajo esta expresión, el legislador británico ofrece la asimilación como persona con discapacidad a aquellas personas con dificultades en el desarrollo de actividades cotidianas pero cuyos efectos no pueden considerarse sustanciales ex artículo 6.1.b de la EqA⁸¹⁸. De esta manera, la EqA ofrece una respuesta clásica a la protección de las personas con discapacidad, mediante la previsión de una definición y la conceptualización de sus partes, y a su vez, introduce disposiciones que pretenden expandir la integración dentro del concepto de persona con discapacidad a ciertas situaciones asimilables.

Mención expresa merece la protección que ofrece la sección 6.4 de la EqA, que extiende la consideración de personas con discapacidad a aquellas personas que sufrieron una discapacidad en el pasado, y se hallan recuperadas en la actualidad. Se trata de una previsión normativa sumamente positiva en aras de proteger a aquellas personas que se hallan expuestas a decisiones discriminatorias por una circunstancia que no concurre en un momento posterior. El objetivo del legislador británico es acabar con el estigma asociado a la discapacidad, incluso en aquellos supuestos en los que los efectos de la discapacidad en la realización de actividades cotidianas han desaparecido. Esta pretensión debe destacarse positivamente, ya no sólo por no existir disposición normativa similar a nivel europeo, sino por su marcado acercamiento al modelo social de tratamiento de la discapacidad⁸¹⁹.

Llegados a este punto, conviene destacar que el concepto de persona con discapacidad en el ordenamiento jurídico británico presenta algunas peculiaridades que deben ser objeto de comentario. En primer lugar, se aprecia una distinción respecto al concepto adoptado por la CIDPD, así como de su interpretación por el TJUE⁸²⁰. La sección 6.1 de la EqA condiciona la existencia de una discapacidad a que esta afecte al desarrollo de las actividades cotidianas, planteamiento que dista de la perspectiva de participación en la sociedad asumida

⁸¹⁷ La expresión original utilizada por el legislador británico es “*progressive condition*”.

⁸¹⁸ Algunos autores han denominado a esta protección como “*hidden disability*”, ya que la discapacidad puede no manifestarse a simple vista. Para un examen en detalle, véase MCTIGUE, P., “*Critiquing disability: the Disability Discrimination Act’s Interplay with Society*”, *In-Spire E-Journal*, 2007, págs. 7-8.

⁸¹⁹ Vid. LANE, J.; MUNKHOLM, N. V., “*Danish and British Protection from Disability Discrimination at Work—Past, Present and Future*”, *op. cit.*, pág. 99

⁸²⁰ Vid. VICKERS, L., “*Country Report Non-Discrimination United Kingdom*”, *Comisión Europea*, 2016, pág. 34.

por la CIDPD⁸²¹, y de la existencia de dificultades en el desarrollo de la vida profesional sostenida por el TJUE⁸²². Las diferencias van más allá, incluyendo la omisión de la expresión “interacción con distintas barreras” prevista en el artículo 1 de la CIDPD.

A ello, debe sumársele el desafortunado punto de referencia que asume el legislador británico a la hora de determinar el significado de la expresión “persona con discapacidad”. Como ya se ha señalado, la sección 6.1 de la EqA sitúa el desempeño de actividades cotidianas como una de las cuestiones centrales para determinar la existencia de una discapacidad. Sin perjuicio de la ausencia legal del significado de actividad cotidiana⁸²³, la referencia legal ostenta un carácter peyorativo, ya que requiere que la persona en concreto demuestre el impacto adverso y negativo en el desempeño de tales actividades, o, dicho en otras palabras, la ausencia de capacidad o habilidad para el desempeño de actividades que cualquier persona sin discapacidad puede realizar sin dificultades. Así, el legislador británico caracteriza el concepto de persona con discapacidad de forma negativa y no integradora, enfoque este confirmado por la doctrina judicial⁸²⁴.

Como último punto a destacar, llama la atención que la EqA no preste ninguna atención al impacto de factores ambientales, así como al desempeño de actividades profesionales en su definición de persona con discapacidad, máxime cuando su protección se dirige a la integración de las personas con discapacidad

⁸²¹ Véase el artículo 1 de la CIDPD, así como epígrafe 2.3.3 de este estudio.

⁸²² Véase la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222. Para un estudio en profundidad sobre este pronunciamiento, véase el apartado 3.5.3 de esta obra.

⁸²³ El documento Office for Disability Issues (HM Government), “*Equality Act 2010 Guidance. Guidance on matters to be taken into account in determining questions relating to the definition of disability*”, 2011, pág. 34-47 se encarga de clarificar este concepto. A tal efecto, señala que se trata de actividades que las personas efectúan de forma regular, y define que el término “cotidiana” debe ser entendido como ordinario o diario. En este sentido, el apartado 36 de la sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Abadeh v British Telecommunications Plc [2000]* UKEAT 1124_99_1910 ha sostenido que no puede considerarse cotidiana una actividad realizada de forma habitual por un grupo de personas, indicando que: “*The term 'normal day to day activities' is not intended to include activities which are normal only for a particular person or group of people. Therefore, in deciding whether an activity is a 'normal day to day activity' account should be taken of how far it is normal for most people and carried out by most people on a daily or frequent and fairly regular basis.*”

⁸²⁴ Un claro ejemplo lo hallamos en la sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Leonard v Southern Derbyshire Chamber of Commerce [2001]* UKEAT 789_99_1010, que, si bien reconoce al apelante como persona con discapacidad, “*it is important to bear in mind that the focus of attention required by the Act is on the things that the Applicant either cannot do or can only do with difficulty rather than on the things that the person can do*” (apartado 20), declarando en el apartado 40 que “[...] *the Tribunal approached this matter incorrectly by focusing on the Guidance and what the Appellant was able to do instead of concentrating upon what she could not do or could only do with difficulty*”.

en la vida profesional. La utilización del concepto “actividades cotidianas” reivindica la exigencia de una afectación en la participación plena y efectiva en todos los ámbitos, de forma similar pero más concreta que la CIDPD. No obstante, una definición legal de discapacidad incluida en una norma antidiscriminatoria que pretende eliminar la discriminación por razón de discapacidad en el empleo exigiría la valoración de elementos relacionados con el desempeño de la actividad profesional en cuestión. Nos encontramos, pues, ante una clara tendencia al análisis del desempeño individual de las tareas cotidianas de la persona, circunstancia más próxima al modelo de tratamiento médico o rehabilitador⁸²⁵. Sin embargo, los tribunales británicos se han mostrado especialmente reticentes, y han reconducido el concepto “*day to day activities*”, en el sentido de que este incluye las actividades relevantes para la participación en la vida profesional⁸²⁶. Así, la configuración británica del concepto de persona con discapacidad se reconduce, de forma interpretativa y en el ámbito del derecho del trabajo, hacia la asunción del modelo social.

Así, la conjunción de estos elementos y diferencias permiten afirmar que el modelo británico se aparta del modelo social de tratamiento de la discapacidad. En efecto, el papel que desempeñan los factores ambientales, el entorno y la sociedad como elementos que limitan el ejercicio de los derechos de este colectivo no está reconocido como relevante a efectos de apreciar una discapacidad en Reino Unido.

⁸²⁵ En este mismo sentido, véase VICKERS, L., “Country Report Non-Discrimination United Kingdom”, *op. cit.*, pág. 34, que sostiene que “*the UK approach, accordingly, appears less consistent with the social model of disability than is that of the CJEU*”.

⁸²⁶ El exponente inicial de esta tendencia lo hallamos en la sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Paterson v Commissioner of Police for the Metropolis*, [2007] UKEAT 0635_06_2307, que continuó en la sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Sobhi v Commissioner of Police of the Metropolis*, [2013] UKEAT 0518_12_0205. Sin embargo, el ejemplo más reciente de esta interpretación más inclusiva lo hallamos en la sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Banaszczyk v Booker Employment Appeal Tribunal* [2016] UKEAT 0132_15_0102, que reconoce que una tarea de carácter única y exclusivamente profesional (movimiento de objetos de hasta 25 kilos de peso) debe ser considerada como una actividad cotidiana en el ámbito de la vida profesional.

4.3.3. La configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en del puesto de trabajo para las personas con discapacidad: La caracterización de la obligación

La configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en Reino Unido se halla en la sección 20 de la EqA y el anexo “*Schedule 8*”⁸²⁷. El objetivo principal de esta obligación es la integración laboral de las personas con discapacidad, garantizando su acceso al empleo y su desempeño en igualdad de condiciones en su vida profesional. Para ello, el legislador británico contempla tres situaciones en las que cualquier empresario está obligado a tomar medidas, so pena de que su conducta sea considerada discriminatoria⁸²⁸.

En particular, las secciones 20.3, 20.4 y 20.5 de la EqA delimitan el alcance material de la obligación, que incluye tres situaciones en las que el empresario deberá tomar medidas para adaptar prácticas empresariales o el puesto de trabajo a personas con discapacidad. La primera de ellas incluye tomar las medidas adecuadas para evitar la desventaja sustancial que genera una disposición, un criterio o una práctica llevada a cabo por el empleador o en nombre del empleador, en relación con los trabajadores/as sin discapacidad⁸²⁹. En segundo lugar, la sección 20.4 de la EqA contempla la obligación empresarial de alterar el entorno físico o facilitar un ajuste que permita eliminar una desventaja sustancial ocasionada al trabajador/a con discapacidad en comparación con aquellos trabajadores sin discapacidad⁸³⁰. Por último, la sección 20.5 de la EqA prevé la obligación empresarial de facilitar ayuda auxiliar a los trabajadores con discapacidad, a fin de erradicar situaciones en las que dichos trabajadores puedan sufrir una desventaja sustancial. En este punto, es conveniente señalar

⁸²⁷ A propósito de los anexos de la EqA aplicables, conviene señalar que el legislador británico ha introducido un anexo para cada ámbito de aplicación de la obligación. Así, el anexo “*Schedule 2*” se aplica a servicios públicos, el anexo “*Schedule 8*” se aplica al ámbito del empleo, el anexo “*Schedule 13*” se refiere al ámbito educativo, entre otros.

⁸²⁸ Para un examen en detalle sobre las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación, véase el apartado 4.3.5 de esta obra.

⁸²⁹ El texto original de la sección 20.3 de la EqA contempla que: “*The first requirement is a requirement, where a provision, criterion or practice of A’s puts a disabled person at a substantial disadvantage in relation to a relevant matter in comparison with persons who are not disabled, to take such steps as it is reasonable to have to take to avoid the disadvantage.*”

⁸³⁰ La sección 20.4 EqA preceptúa: “*The second requirement is a requirement, where a physical feature puts a disabled person at a substantial disadvantage in relation to a relevant matter in comparison with persons who are not disabled, to take such steps as it is reasonable to have to take to avoid the disadvantage.*”

que el apartado “*Part 1.1*” del anexo “*Schedule 8*” especifica que las tres situaciones detalladas en las secciones 20.3, 20.4 y 20.5 de la EqA no son excluyentes, y, en consecuencia, el deber de adaptar el puesto de trabajo se extiende a todas ellas. Así pues, la obligación de realizar ajustes razonables puede incluir la aplicación de medidas encaminadas a dar cumplimiento a uno o varios apartados de la sección 20, que deben ser acciones prácticas encaminadas a eliminar la desventaja⁸³¹.

Además de la definición de las diferentes situaciones que puede incluir la obligación de realizar ajustes razonables, el legislador británico plasma dos clarificaciones en relación con el alcance material de la misma, ex sección 20.6 y 20.9 de la EqA. La primera de ellas la encontramos en la sección 20.6 de la EqA, que contempla una garantía de accesibilidad de la información que sea necesaria facilitar cuando exista un supuesto incardinable en la sección 20.3 EqA y/o 20.5 de la EqA⁸³². En segundo y último lugar, la sección 20.9 de la EqA concreta que, respecto a la segunda situación que incluye la ya citada obligación, la expresión “eliminar una desventaja sustancial”⁸³³, se refiere a la eliminación y/o alteración del obstáculo físico en cuestión.

Como puede observarse, la EqA utiliza como concepto central la expresión “desventaja sustancial”, circunstancia que de concurrir convertirá en necesario el ajuste. Su definición se halla recogida en la sección 212.1 de la EqA, y se conceptualiza como aquellas circunstancias que sean más que triviales o menores⁸³⁴.

⁸³¹ Véase la sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Royal Bank of Scotland v Ashton* [2010] UKEAT 0542_09_1612, apartado 24, que constata: “*The focus is upon the practical result of the measures which can be taken. It is not - and it is an error - for the focus to be upon the process of reasoning by which a possible adjustment was considered*”. En este mismo sentido, véase también la sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *General Dynamics Information Technology Ltd v Carranza* [2014] UKEAT 0107_14_1010, apartado 35, que señala “*Considering whether there really is an alleged “step”, and what it is, will help to see whether the duty is in play. It is now well established that “steps” are not merely mental processes such as the making of an assessment; rather they are the practical actions which are to be taken to avoid the disadvantage*”.

⁸³² La sección 20.6 de la EqA sostiene que: “*Where the first or third requirement relates to the provision of information, the steps which it is reasonable for A to have to take include steps for ensuring that in the circumstances concerned the information is provided in an accessible format*”.

⁸³³ La expresión original es: “[...] *puts a disabled person at a substantial disadvantage* [...]”

⁸³⁴ La expresión literal que se utiliza en la sección 212.1 de la EqA es la siguiente: “*substantial means more than minor or trivial*”

Otra cuestión que llama la atención es la reiterada mención comparativa respecto a personas sin discapacidad. Si examinamos la configuración legal de la discriminación directa e indirecta (secciones 13 y 19 de la EqA), puede observarse que el legislador británico opta por un planteamiento poco habitual en materia de lucha contra la discriminación⁸³⁵, consistente en la identificación de un *tertium comparationis* cuyas circunstancias sean diametralmente distintas a la persona con discapacidad⁸³⁶. Este planteamiento se repite en el marco de la obligación de realizar ajustes razonables, ex sección 20.3, 20.4 y 20.5 de la EqA. De esta manera, se pretende centrar la discusión en los efectos que genera la existencia de la discapacidad, utilizando para ello un término de comparación en el que no concurre dicha circunstancia. En este punto, conviene advertir que el uso de esta práctica normativa para la detección de la existencia de discriminación o necesidad de llevar a cabo ajustes razonables no ha estado exento de discusión judicial⁸³⁷. Sin embargo, la cuestión más destacada planteó respecto a su compatibilidad con el planteamiento normativo del artículo 2 de la Directiva 2000/78. La sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Foster v Cardiff University*, [2013] UKEAT 0422_12_2703, clarificó esta discusión, sosteniendo que la referencia a personas sin discapacidad es compatible con el artículo 2 de la Directiva 2000/78, dado que la referencia europea “otras personas” incluye el uso de personas sin discapacidad como término de comparación⁸³⁸.

⁸³⁵ Un examen a la definición de discriminación directa e indirecta, contempladas en el artículo 2 de la Directiva 2000/78, permite llegar a esta conclusión, ya que la norma europea utiliza la expresión “otras personas”.

⁸³⁶ Esta práctica puede apreciarse más claramente en la sección 13.3 de la EqA, que plasma: “*If the protected characteristic is disability, and B is not a disabled person, A does not discriminate against B only because A treats or would treat disabled persons more favourably than A treats B*”.

⁸³⁷ Véase la sentencia del TS, *London Borough of Lewisham v Malcolm* [2008] UKHL 43 y las sentencias del Tribunal de Apelación Laboral, *High Quality Lifestyles Ltd v Watts* [2006] UKEAT 0671_05_1004 y *Child Support Agency Dudley v Truman* [2009] UKEAT 0293_08_0502.

⁸³⁸ Concretamente, el apartado 65 *in fine* de la sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Foster V Cardiff University*, [2013] UKEAT 0422_12_2703, señala que: “[...] *It is clear from the language of Article 2 that both the concept of direct discrimination and the concept of indirect discrimination require a comparison exercise to be performed. What is particularly relevant in this context is the concept of indirect discrimination. This is where an apparently neutral provision, criterion or practice has the effect of placing a person with a particular disability at a particular disadvantage in comparison with persons who do not have that disability. Furthermore, the last part of Article 2(b) (ii) expressly cross-refers to the duty of reasonable accommodation in Article 5 and refers to its purpose as being to eliminate disadvantage entailed by “such provision, criterion or practice.” This is clearly a reference back to a relevant provision, criterion or practice as referred to earlier in Article 2(b), where the phrase is used in the context of a comparison with persons who do not have the relevant disability (hence the use of the phrase “compared with other persons”)*”.

Respecto al ámbito de aplicación de la obligación, la EqA circunscribe la realización de ajustes razonables a cualquier momento de la relación laboral, incluyendo el acceso al empleo y la extinción del contrato⁸³⁹. Así, el legislador británico pretende ofrecer una protección íntegra que acompañe, única y exclusivamente al trabajador con discapacidad⁸⁴⁰, a lo largo de todos los estadios de la relación laboral.

Una cuestión que merece especial importancia es cómo afecta el conocimiento de la discapacidad por parte del empresario en el cumplimiento de la obligación. La sección 20.1 del Anexo “*Schedule 8*” de la EqA establece que no será exigible la obligación de realizar ajustes razonables si el empresario no conocía o no podía conocer razonablemente la discapacidad del trabajador o sus efectos adversos. Se asume así un planteamiento protector clásico en materia discriminatoria, que distingue dos niveles (la discapacidad o sus efectos adversos) y exigirá al trabajador acreditar, en sede judicial, los indicios de discriminación.

Como puede observarse, nos encontramos ante una disposición que obstaculiza la aplicación de esta obligación, ya que impone que el trabajador comunique su situación al empresario, y refuerza la naturaleza reactiva de la obligación⁸⁴¹. Este hecho, que puede parecer baladí, tiene una importancia vital en el desarrollo de la relación laboral, ya que exige al trabajador poner en conocimiento la existencia de una discapacidad, trascendiendo de su esfera estrictamente privada. Tal planteamiento puede provocar rechazo hacia trabajadores con discapacidad, pues a día de hoy sigue asociándose la discapacidad con un estigma negativo, y es por ello que compeler al trabajador a manifestar esta circunstancia personal dificulta al cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, la exigencia del conocimiento empresarial de la discapacidad del trabajador tiene implicaciones prácticas respecto al derecho a la intimidad del

⁸³⁹ Así se desprende de las secciones 5 y 6 del anexo “*Schedule 8*”.

⁸⁴⁰ La sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Hainsworth v Ministry of Defence [2014] UKEAT 0227_13_1607* ha sostenido que la obligación de realizar ajustes razonables sólo puede extenderse a trabajadores con discapacidad. Para ello, el tribunal interpreta que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 es una obligación que afecta al empresario en relación con sus trabajadores con discapacidad, especialmente si se considera el considerando 20 de la citada Directiva, que se refiere al puesto de trabajo.

⁸⁴¹ Vid. LAWSON, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, *op. cit.*, pág. 77.

trabajador: ¿Cuándo debe el empresario preguntar el estado médico del trabajador, o, por el contrario, en qué momento se obliga al trabajador a manifestar su estado de salud? La expectativa de confidencialidad relativa a la existencia de una discapacidad no está expresamente prevista en la legislación británica. De hecho, la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables penaliza al trabajador que no comunique su discapacidad al empresario. Tal y como hemos señalado, la sección 20.1 del Anexo “*Schedule 8*” de la EqA exime del cumplimiento de la obligación en aquellas situaciones en las que no conoce la existencia de una discapacidad por parte del trabajador. Este mandato comporta una gran repercusión respecto al derecho a la intimidad del trabajador, ya que le obliga indirectamente a comunicar su discapacidad. Es cierto que la sección 60.1 de la EqA prohíbe al empresario formular preguntas sobre el estado de salud del trabajador⁸⁴², pero la norma se refiere a la salud en general y sólo durante el proceso de selección del trabajador. No obstante, el legislador británico ha previsto la inaplicación de esta prohibición en un total de seis situaciones, y una de ellas se producirá cuando la obligación de realizar ajustes razonables pueda ser exigida al empresario, ex apartado 6 de la sección 60 de la EqA⁸⁴³. Así, el empresario estará facultado para solicitar información médica durante el proceso de selección previo a la contratación, siempre y cuando la realización de ajustes razonables pueda ser exigida. Sin embargo, este mandato aparenta ser poco eficaz para el cumplimiento de la obligación, ya que el requerimiento empresarial de información al trabajador le podría obligar a realizar ajustes razonables.

Un aspecto adicional estrechamente conectado con esta cuestión es el relativo a la comunicación de la discapacidad y la exigencia de la obligación en aquellos supuestos en los que los efectos de la discapacidad no están suficientemente determinados o son poco comunes. La EqA no ofrece una respuesta legal para este tipo de situaciones, pero la jurisprudencia británica sí que ha tenido

⁸⁴² (1) A person (A) to whom an application for work is made must not ask about the health of the applicant (B), (a) before offering work to B, or, (b) where A is not in a position to offer work to B, before including B in a pool of applicants from whom A intends (when in a position to do so) to select a person to whom to offer work.

⁸⁴³ This section does not apply to a question that A asks in so far as asking the question is necessary for the purpose of: (a) establishing whether B will be able to comply with a requirement to undergo an assessment or establishing whether a duty to make reasonable adjustments is or will be imposed on A in relation to B in connection with a requirement to undergo an assessment.

oportunidad de manifestarse al respecto. La sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Ridout v TC Group* [1998] UKEAT 0372_05_0711, entendió que, cuando la discapacidad manifiesta síntomas poco habituales, no puede exigirse que el empresario actúe de forma preventiva⁸⁴⁴. En tales situaciones, la comunicación de la discapacidad al empresario es un hecho especialmente importante, cuya exigencia se intensifica a efectos de exigir la realización de los correspondientes ajustes.

Así pues, el legislador británico ha querido proteger a los trabajadores en uno de los momentos más vulnerables desde el punto de vista de la tutela del derecho al trabajo, que es el previo a la contratación. Se plasma así una vía para que los trabajadores con discapacidad que no requieran ajustes razonables sean valorados objetivamente, esto es, por su habilidad o destreza en el desempeño del trabajo en cuestión, y paralelamente, se establece una excepción en aquellas situaciones que puedan requerir la realización de ajustes razonables.

Una visión general de los trece apartados que componen la sección 20 de la EqA se encarga de plasmar el deber empresarial de adaptar el puesto de trabajo de trabajadores con discapacidad con una marcada naturaleza reactiva. En efecto, una de sus principales características es que se trata de una obligación legal sólo exigible cuando el trabajador/a con discapacidad necesita ayuda o apoyo para el desempeño de sus tareas, circunstancia que el legislador británico ha materializado normativamente mediante la exigencia de una desventaja sustancial⁸⁴⁵. Y este hecho nos permite afirmar, además, otra característica importante de la configuración británica de la obligación: su marcada pasividad. El desarrollo normativo del cumplimiento de la obligación sitúa al empresario en una posición receptora, que exige la concurrencia de una serie de circunstancias secuenciales: a) el diagnóstico de una desventaja del trabajador en el desarrollo

⁸⁴⁴ Vease apartado 24 de la sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Ridout v TC Group* [1998] UKEAT 0372_05_0711, que señala:

"24. It seems to us that they were entitled on the material before them to conclude that no reasonable employer would be expected to know without being told in terms of the applicant, that the arrangements which he in fact made in this case for the interview procedure might disadvantage this particular applicant for the job. As it was said in argument, this form of epilepsy is very rare".

⁸⁴⁵ Vid. LAWSON, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, op. cit., pág. 67.

de sus funciones⁸⁴⁶; b) que dicha desventaja sea sustancial⁸⁴⁷, c) que la mencionada desventaja no sea experimentada por personas sin discapacidad. Sólo si concurren todas ellas, el empresario deberá tomar medidas para adaptar el puesto de trabajo, y en ese momento se exigirá un análisis de la razonabilidad de la medida⁸⁴⁸. Por lo tanto, el legislador británico ha optado por una configuración, en el ámbito del Derecho del Trabajo⁸⁴⁹, que huye de otorgar la responsabilidad al empresario de anticipar y eliminar las barreras potenciales que podrían existir en un puesto de trabajo, trasladando así el control del cumplimiento de la obligación a los trabajadores.

Ahora bien, ¿Qué actuaciones deberá realizar el empresario para cumplir esta obligación? La EqA se encarga de exigir que los ajustes sean razonables, omitiendo así referencias normativas al tipo de ajuste. Ante el silencio del legislador sobre el contenido material del deber empresarial, el papel de la jurisprudencia británica ha sido central. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Mid Staffordshire General Hospitals NHS Trust v Cambridge* [2003] UKEAT 0755_02_1403 precisó que en cualquier caso se requerirá que el empresario evalúe la mejor opción para eliminar la desventaja particular sufrida por el trabajador con discapacidad⁸⁵⁰, y su inobservancia se considerará un incumplimiento de la obligación⁸⁵¹, aunque se trata de una

⁸⁴⁶ Las tres situaciones que se incluyen en los apartados 3,4 y 5 de la Sección 20 de la EqA exigen, como ya se ha mencionado en el apartado 4.3.2 del presente estudio, explícitamente “[...] *be put at a substantial disadvantage* [...]”.

⁸⁴⁷ Véase *Ibidem*, que permite apreciar que la desventaja debe ser sustancial para exigir la realización del ajuste.

⁸⁴⁸ En este sentido, la selección de la medida corresponderá siempre al empresario, y en ningún caso eximirá de responsabilidad empresarial el hecho de que el trabajador no haya sugerido un ajuste determinado, tal y como señala la sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Cosgrove v Messrs Caesar & Howie* [2001] UKEAT 1432_00_1705.

⁸⁴⁹ En efecto, la obligación de realizar ajustes razonables es distinta en función del ámbito en el que se aplica, y el legislador británico las ha regulado mediante los anexos “*Schedule*”. En concreto, pueden realizarse ajustes en el ámbito de servicios y funciones públicas (*Schedule* 3), empleo (*Schedule* 5), educación (*Schedule* 6) o ámbito asociativo (*Schedule* 7).

Para un examen en profundidad de *anticipatory reasonable adjustment*, véase LAWSON, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, *op. cit.*, pág. 92 y ss.

⁸⁵⁰ *Vid.* apartado 7 de la Sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Mid Staffordshire General Hospitals NHS Trust v Cambridge*, [2003] UKEAT 0755_02_1403, que señala que “*A proper assessment of what is required to eliminate the disabled person's disadvantage is therefore a necessary part of the duty imposed by section 6(1) since that duty cannot be complied with unless the employer makes a proper assessment of what needs to be done. [...] The making of that assessment cannot, in our judgment, be separated from the duty imposed by section 6(1), because it is a necessary pre-condition to the fulfilment of that duty and therefore a part of it.*”

⁸⁵¹ En este sentido, véase la Sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Southampton City College v Randall* [2005] UKEAT 0372_05_0711.

cuestión judicialmente controvertida. En efecto, la sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Tarbuck v. Sainsbury Supermarkets Ltd* [2006] UKEAT 0136_06_0806, ha sostenido que la consulta y evaluación de la mejor opción no son en ningún caso parte de la obligación de realizar ajustes razonables, y, por lo tanto, su examen es totalmente irrelevante a efectos de determinar el cumplimiento de la obligación-. Así, el apartado 71 de esta sentencia sostiene que “*the only question is, objectively, whether the employer has complied with his obligations or not. That seems to us to be entirely in accordance with the decision in Archibald v Fife Council* [2004] UKHL 32. *If he does what is required of him, then the fact that he failed to consult about it or did not know that the obligation existed is irrelevant.*”

4.3.4. Los límites de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad: La razonabilidad como control de exigencia de los ajustes

El legislador británico, a diferencia de lo sucedido con otros países europeos en el marco de la transposición del artículo 5 de la Directiva 2000/78⁸⁵², no ha incluido referencia normativa alguna a la expresión “carga excesiva o desproporcionada”. Esta circunstancia permite la exención del cumplimiento de la obligación empresarial en aquellos supuestos en los que la ejecución del ajuste razonable supone un sacrificio desproporcionado de recursos empresariales. Este escenario, ciertamente atípico desde un plano europeo⁸⁵³, plantea una pregunta clave, a saber, si la configuración de la obligación de realizar ajustes sin la inclusión de su exención por la existencia de carga excesiva o desproporcionada se ajusta al Derecho de la UE. Todo parece apuntar a que la respuesta a esta cuestión es negativa *prima facie*, pero la exigencia de que el ajuste sea razonable, mención esta que si se ha incluido por el legislador británico en la EqA⁸⁵⁴, permite sostener la compatibilidad de la normativa británica con el Derecho de la UE.

⁸⁵² Para un examen comparado de esta cuestión, véase SCHIEK, D. *ET AL*, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, *op. cit.*, págs. 634-670.

⁸⁵³ Vid. LAWSON, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, *op. cit.*, pág. 87, que pone de relieve que la razonabilidad se acompaña habitualmente de un examen del concepto carga desproporcionada, circunstancia no incluida por el legislador británico en la EqA.

⁸⁵⁴ Véase las secciones 20.3, 20.4 y 20.5 de la EqA, entre otras.

En este sentido, la razonabilidad actúa como el criterio central en la determinación de la exigencia del ajuste, y, por lo tanto, se constituye como un elemento objetivo centrado en la medida en particular⁸⁵⁵. Ahora bien, ¿qué debe entenderse por razonabilidad en el marco de la configuración británica de los ajustes razonables? La EqA, al igual que la Directiva 2000/78, exige la obligatoriedad de llevar a cabo aquellos ajustes que sean razonables, pero, a diferencia de la DDA⁸⁵⁶, no define qué factores deben tenerse en cuenta para valorar la razonabilidad de la medida⁸⁵⁷. Esto implica que la exigencia de razonabilidad siempre deberá llevarse a cabo teniendo en cuenta las circunstancias particulares del empresario y del trabajador en concreto, y, en consecuencia, se efectuará siempre *ad casum*⁸⁵⁸. Ante la importancia de esta cuestión, el documento “*Employment Statutory Code of Practice*”, elaborado por la Equality and Human Rights Commission en 2011, indica, con carácter orientativo⁸⁵⁹, algunos de los factores que han de tenerse en

⁸⁵⁵ Así lo ha apuntado LAWSON, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, *op. cit.*, pág. 82 que señala que “[...] the notion of reasonableness is objective in nature. It is therefore to be assessed not by reference to what the particular employer genuinely believed to be the case but by reference to objectively demonstrable facts and circumstances”.

En este mismo sentido, a nivel judicial, véase las sentencias del Tribunal de Apelación Laboral, *Royal National Theatre Board Ltd v Collins* [2003] UKEAT 0642_02_2904; *Smith v. Churchills Stairlift Plc* [2004] UKEAT 0674_04_0212 y *O’Hanlon v HM Revenue & Customs* [2006] UKEAT 0109_06_0408.

⁸⁵⁶ La sección 18.B.1 de la DDA se encargaba de plasmar los elementos que debían valorarse para apreciar la razonabilidad del ajuste. Entre los factores a considerar, se encontraban, por ejemplo, el coste financiero de la medida, el acceso del empresario a financiación, la dimensión de la empresa o la naturaleza de su actividad económica, entre otros.

Para un examen del contenido de dicha disposición, véase GOODING, C., “Disability Discrimination Act: from statute to practice”, *op. cit.* págs. 540-541; PALMER, C.; MCCOLGAN, A. (EDS.), *Discrimination law handbook*, *op. cit.*, págs. 203-205; LAWSON, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, *op. cit.*, págs. 82-89.

⁸⁵⁷ Tal y como señala SCHIEK, D, *ET AL*, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, *op. cit.*, pág. 668 el planteamiento del legislador británico contrasta con el esquema asumido por otros países, ya que los Estados miembros de la UE han optado por la definición de la razonabilidad y de la carga excesiva de forma separada – como por ejemplo España, entre otros- o bien por asociar la razonabilidad única y exclusivamente con la eficacia del ajuste -véase, por ejemplo, el caso de Holanda o Francia, entre otros-. Para un examen de España y Francia, véase los apartados 5.2 y 4.4 de esta obra.

⁸⁵⁸ Así, por ejemplo, la obligación de realizar ajustes razonables puede consistir en la promoción del trabajador con discapacidad sin realizar ningún tipo de proceso de selección, tal y como constató de forma novedosa la sentencia del Tribunal Supremo, *Archibald v. Fife Council* [2004] UKHL 32, apartado 65, que amplió la interpretación imperante hasta la fecha, consistente en introducir cambios en el desarrollo de las tareas profesionales.

Para un análisis en profundidad de esta sentencia, véase LINDEN, T. Y WONG, G., “Positive Discrimination: The Impact of Archibald”, *New Law Journal*, vol. 154, 2004.; BUSBY, N., “A Small Step or a Giant Leap? Archibald v Fife Council”, *Edinburgh Law Review*, vol. 9, 1, 2005 y SCHIEK, D. *ET AL*, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, *op. cit.*, págs. 689-692.

⁸⁵⁹ Sobre esta cuestión, la Sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *Humphreys v. Environment Agency* [1999] UKEAT 24_95_1911 sostiene que las medidas constatadas en este tipo de normas no son exhaustivas. En este sentido, el apartado 13 constata que “*It is not a checklist through which every Tribunal has invariably to work its way if it is to come to a proper decision. It is not wrong, of course, for a Tribunal to work its way through it but it is no sine qua non of an acceptable decision that it should have done so*”.

cuenta a efectos de valorar la razonabilidad del ajuste⁸⁶⁰. Entre los seis criterios que figuran en este documento, podemos encontrar: la posibilidad del empresario de acceder a financiación para la ejecución del ajuste⁸⁶¹, la dimensión del empleador, o el coste económico, así como otros costes de realizar la adaptación del puesto de trabajo⁸⁶², entre otros. De la lectura de tales criterios se evidencia que el uso de la expresión “razonable” ostenta un doble significado: el ajuste debe ser efectivo y no debe imponer un coste desproporcionado para el empresario.

Como puede observarse, la razonabilidad actúa como canon de adaptación de la exigencia de la obligación de realizar ajustes a las circunstancias empresariales. Si bien la EqA no contiene ningún tipo de orientación en la valoración del cumplimiento de la obligación por circunstancias empresariales, por ejemplo, en el volumen de negocio o tamaño de la empresa⁸⁶³, la razonabilidad ofrece una adaptación del cumplimiento de la obligación a cada situación. En este sentido, la objetividad que muestra la utilización única y exclusivamente del término “razonabilidad”, sin recurrir a la expresión “carga excesiva” constatada en el artículo 5 de la Directiva 2000/78, permite eliminar la clásica dicotomía entre los intereses de los empresarios y los trabajadores que presenta el uso de la expresión “razonabilidad” y “carga desproporcionada o excesiva”⁸⁶⁴. No obstante, se trata de un elemento que aporta inseguridad jurídica, debido a su falta de definición legal y a su naturaleza *ad casum*.

⁸⁶⁰ Vid. EQUALITY AND HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Employment Statutory Code of Practice*, TSO, London, 2011, pág. 85. La versión electrónica de este documento es accesible a través del siguiente link: <https://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/employercode.pdf>

⁸⁶¹ *The availability to the employer of financial or other assistance to help make an adjustment (such as advice through Access to Work)*

⁸⁶² *The financial and other costs of making the adjustment and the extent of any disruption caused.*

⁸⁶³ Esta cuestión fue especialmente discutida a nivel europeo, tal y como puede examinarse en el apartado 3.3.1 de este estudio.

⁸⁶⁴ Vid. WELLS, K., “The Impact of the Framework Employment Directive on UK Disability Discrimination Law”, *op. cit.*, págs. 253-264 y LAWSON, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, *op. cit.*, pág. 88.

4.3.5. Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad

Como último apartado, resulta de interés examinar las consecuencias jurídicas que el legislador británico ha asociado al incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. En particular, la sección 21.2 de la EqA contempla específicamente que el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables se considerará una conducta discriminatoria. Tal calificación tiene efectos relevantes en los supuestos de extinción, que es la decisión en la que el deber empresarial objeto de estudio puede tener una mayor incidencia. Concretamente, permitirá que el trabajador interponga una demanda judicial por discriminación por razón de discapacidad sin necesidad de cumplir con el denominado *qualifying period*, regulado en la sección 108 de la ERA, consistente en la necesidad de acreditar un periodo de prestación de servicios de un mínimo de 2 años para tener derecho a reclamar una compensación, de conformidad con las secciones 118 a 127.b de la ERA.

Sobre la consideración del incumplimiento como conducta discriminatoria, una cuestión que ha sido discutida doctrinalmente ha sido la determinación del tipo de discriminación que supone. Concretamente, identificar en qué tipo de discriminación se incardinaría, a saber, discriminación directa, discriminación indirecta o discriminación *sui generis*. La tipología del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables no es definida por la norma británica, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos que han incluido este acto discriminatorio dentro de la categoría de discriminación directa⁸⁶⁵, o bien indirecta⁸⁶⁶. Tal circunstancia ha supuesto que la calificación del incumplimiento de los ajustes razonables se incardine como una forma de discriminación ajena al binomio directa-indirecta, y, en consecuencia, categorizándose como

⁸⁶⁵ Los casos más significativos son Suecia y Malta, tal y como señalan SCHIEK, D. *ET AL*, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, *op. cit.*, págs. 741-742.

⁸⁶⁶ Así se ha caracterizado por el legislador de Eslovaquia, tal y como apuntan *Ibid.*, págs. 743-744.

discriminación *sui generis*⁸⁶⁷. A primera vista, la discusión sobre su naturaleza puede parecer estrictamente conceptual, pero en realidad tiene un gran impacto sobre su exigencia y acreditación procesal. En efecto, la separación respecto a las categorías tradicionales de discriminación (directa e indirecta), permite soslayar las dificultades probatorias inherentes a las mismas, especialmente la búsqueda de términos de comparación⁸⁶⁸. Y ello redunda en un incremento de la eficacia como mecanismo de igualdad de oportunidades, pues pretende asegurar la implementación efectiva del principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

En otro orden de cosas, el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el ámbito laboral permite exigir una indemnización por discriminación, entre otras peticiones⁸⁶⁹, ya que la sección 124.2.b de la EqA contempla que la existencia de infracciones de alguna de las secciones relativas a la *Part 5* de la EqA⁸⁷⁰, referida a la no discriminación en el empleo, podrán dar lugar al pago de una indemnización. Los órganos jurisdiccionales competentes para el análisis de este tipo de indemnizaciones serán los *Employment Tribunals*, en virtud de la sección 120.1.a de la EqA⁸⁷¹, y los criterios de su cuantificación, a diferencia de las indemnizaciones por despido⁸⁷², no se hallan regulados normativamente. Así, las cuantías indemnizatorias se calcularán de acuerdo con las directrices y principios aplicables a las reclamaciones por daños⁸⁷³.

⁸⁶⁷ Vid. WADDINGTON, L.; HENDRIKS, A., "Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe", *op. cit.*, págs. 403-427, SCHIEK, D. *ET AL*, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, *op. cit.*, pág. 744, y LAWSON, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, *op. cit.*, pág. 184.

⁸⁶⁸ Conviene aclarar que esta reflexión tiene un alcance más general, pues en el caso del Reino Unido el análisis del *tertium comparationis* no puede omitirse al introducir como elemento clave de la obligación la existencia de un efecto sustancial negativo.

⁸⁶⁹ La sección 124.2 de la EqA prevé tres posibilidades judiciales acumulativas: (a) *make a declaration as to the rights of the complainant and the respondent in relation to the matters to which the proceedings relate*; (b) *order the respondent to pay compensation to the complainant*; (c) *make an appropriate recommendation*.

⁸⁷⁰ La sección 124.1 de la EqA no se refiere directamente a la *Part 5* de la EqA, sino que realiza una remisión a la sección 120.1 de la EqA que contempla las infracciones sobre la *Part 5* de la EqA.

⁸⁷¹ (1) *An employment tribunal has, subject to section 121, jurisdiction to determine a complaint relating to— (a) a contravention of Part 5 (work); (b) a contravention of section 108, 111 or 112 that relates to Part 5.*

⁸⁷² Véanse las secciones 118 a 126 de la ERA. En este punto, conviene advertir que en caso de concurrencia entre indemnizaciones por despido y por discriminación, la sección 126 de la ERA prohíbe percibir partidas indemnizatorias reparadoras por los mismos conceptos o causas, operando así la compensación entre indemnizaciones.

⁸⁷³ Así lo apunta DOYLE, B., *Disability discrimination*, *op. cit.*, pág. 334, que sostiene que: "[...] *the amount of the compensation is calculated according to the principles applicable to the calculation of damages in claims in tort (or, in Scotland, in reparation for breach of a statutory duty). In other words, disability discrimination compensation will be assessed like any claim for damages in tort according to common-law principles*".

A propósito del contenido de las compensaciones derivadas de discriminación, se observan dos partidas indemnizatorias clave: a) el pago de las pérdidas económicas que la decisión o la omisión de cumplimiento de la obligación ha generado al trabajador hasta la fecha de la sentencia, que puede incluir el cálculo de daños económicos a futuro⁸⁷⁴, entre otros⁸⁷⁵; b) la reparación de los daños personales causados por la decisión empresarial, que podrá incluir tanto perjuicios de carácter físico como moral⁸⁷⁶. Llegados a este punto, conviene dejar apuntado que los daños punitivos, concepto clásico de las indemnizaciones por daños en el *Common Law*, generalmente no han tenido acogida en el marco de las indemnizaciones derivadas de discriminación por razón de discapacidad, si bien pueden llegar a concederse en casos excepcionales⁸⁷⁷.

Con respecto a los límites de las indemnizaciones, es necesario destacar que las compensaciones derivadas de discriminación no están sujetas a ningún tipo de cuantía máxima, a diferencia de las indemnizaciones por despido⁸⁷⁸. En efecto, la sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, *D'Souza v London Borough Of Lambeth* [1997] UKEAT 1206_95_0910, citando a la STJUE de 2 de agosto de 1993, Marshall, C-271/91, EU:C:1993:335, sostiene que no existen límites a las indemnizaciones derivadas por conductas discriminatorias. En consecuencia, el trabajador podrá solicitar el pago de la cantidad indemnizatoria que considere oportuna, sin que aquella se vea limitada *ab initio*.

⁸⁷⁴ Vid. *Ibid.* pág. 334. En este sentido, el autor indica que las reclamaciones habituales solicitan el pago del salario dejado de percibir a causa de la decisión u omisión empresarial, que incluye inexorablemente las comisiones, bonus y salario en especie del que disfrutase o pudiese disfrutar el trabajador.

⁸⁷⁵ Para un estudio en profundidad sobre esta partida indemnizatoria, véase PALMER, C.; MCCOLGAN, A. (EDS.), *Discrimination law handbook*, op. cit., págs. 715-726.

⁸⁷⁶ Respecto a la posibilidad de que concurren daños físicos y morales fruto de la misma decisión u omisión empresarial, DOYLE, B., *Disability discrimination*, op. cit., pág. 335 ha señalado la importancia de separarlos a fin y efecto de evitar un enriquecimiento injusto.

⁸⁷⁷ Véase especialmente la sentencia del Tribunal Supremo, *Kuddus (AP) v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2001] UKHL 29, que incluye un estudio en profundidad sobre la evolución de los “*exemplary damages*”, y especifica que corresponderá el pago en concepto de daños punitivos siempre que la conducta sea arbitraria (apartado 75) y la conducta discriminatoria genere beneficios superiores o pérdidas inferiores a la decisión no discriminatoria (apartado 80). No obstante, a día de hoy no existe ningún pronunciamiento que conceda indemnizaciones por razón de discriminación, tal y como señala PALMER, C.; MCCOLGAN, A. (EDS.), *Discrimination law handbook*, op. cit., pág. 725.

⁸⁷⁸ Los límites de las indemnizaciones por despido se hallan en la sección 124 ERA, que refleja cómo máximo la cantidad más baja de entre dos opciones: £80.541 o cincuenta y dos semanas de salario del trabajador.

4.4. Francia

4.4.1. Antecedentes históricos

El tratamiento jurídico de la discapacidad en el ordenamiento jurídico francés ha mostrado, desde sus inicios, una clara inclinación hacia el modelo médico⁸⁷⁹. La *Loi 57-1223* fue la primera norma que estableció la obligación de incorporar a personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo. Se trata de una norma no muy extensa, de tan sólo tres artículos, que tenía como propósito la reclasificación profesional de trabajadores con discapacidad, mediante la readaptación funcional o la formación profesional. Los sujetos que podían beneficiarse de las disposiciones contenidas en esta norma eran los denominados “*travailleurs handicapés*”, que se definían como aquellos en los que concurriese una reducción de la capacidad de obtener o mantener un empleo como consecuencia de una insuficiencia o disminución de sus capacidades físicas o mentales, al amparo del segundo párrafo del artículo 1 de la *Loi 57-1223*⁸⁸⁰. Sin embargo, el reconocimiento de esta circunstancia no era automático, debiendo efectuarse una valoración por la *Comission Départementale d’Orientation des Infirmes*⁸⁸¹, tal y como señalaba el artículo 2 de la *Loi 57-1223*. Respecto a las medidas de esta norma, llama la atención el uso de la técnica de remisión normativa⁸⁸², resultando así que la *Loi 57-1223* fue una norma vacía de contenido, salvo por la definición de trabajador con discapacidad. De hecho, la ausencia de contenido ha sido una de las principales críticas achacables a este texto

⁸⁷⁹ Así lo señala LATTES, J.M., “Travailleurs handicapés”, *Repertoire de Droit du Travail*, Ed. Dalloz, 2002, (Act. dic. 2010), págs. 4-6.

⁸⁸⁰ La redacción original del artículo 1 de la *Loi 57/1223* señala: “*Est considéré comme travailleur handicapé pour bénéficier des dispositions de la présente loi, toute personne dont les possibilités d’acquérir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite d’une insuffisance ou d’une diminution de ses capacités physiques ou mentales*”.

⁸⁸¹ La regulación y composición de esta institución se hallaba en el artículo 67 del *Code de la famille et de l’aide sociale*. Este órgano cambió su denominación, y actualmente, el reconocimiento de la discapacidad se efectúa por la *Comission des droits et de l’autonomie des personnes handicapées*, organismo este regulado en los artículos L241-5 a L241-12 del *CAF*.

⁸⁸² La evidencia más clara puede apreciarse en la redacción del párrafo primero del artículo 1 de la *Loi 57/1223*: “*La présente loi a pour objet l’emploi des travailleurs handicapés ou leur reclassement suivant un processus pouvant comporter, selon les cas, outre la réadaptation fonctionnelle prévue par les textes en vigueur, une réadaptation, une rééducation ou une formation professionnelles*”.

normativo, y la causa del fracaso estrepitoso de esta norma en aras de fomentar el empleo de trabajadores con discapacidad⁸⁸³.

El escaso éxito de la *Loi 57-1223* exigió reconsiderar el tratamiento legal de la integración de las personas con discapacidad, pretensión esta que se materializó mediante la *Loi 75-534*. Si bien es cierto que, de nuevo, nos encontramos ante un texto sumamente breve, esta norma ostenta una vocación de actuación multinivel⁸⁸⁴, tendencia atípica si tenemos en cuenta el momento temporal en el que se dictó. En efecto, el artículo 1 de la *Loi 75-534* se encarga de introducir como objetivos nacionales el fomento del empleo, de la educación, la existencia de recursos suficientes o el acceso a la práctica de deportes, entre otros⁸⁸⁵, centrandose especialmente su atención en un colectivo desprotegido hasta la fecha: niños y adolescentes con discapacidad. No obstante, el cambio hacia un modelo más integrador y próximo al paradigma social de tratamiento de la discapacidad⁸⁸⁶, se vio truncado, de nuevo, por la falta de contenido material. En particular, la *Loi 75-234* no contempla medidas de integración multinivel para este colectivo, defecto que, si bien tuvo un gran impacto negativo en un momento inicial, fue compensado mediante la aprobación de distintas normas a lo largo de los años venideros que reforzaron los derechos de las personas con discapacidad⁸⁸⁷.

⁸⁸³ Vid. LAULOM, S., "The Right to Work for Disabled Workers in France", *Revista Derecho Social y Empresa*, vol. Supl. 1, abril 2015, pág. 57.

⁸⁸⁴ En este sentido, véase LATTES, J.M., "Travailleurs handicapés", *op. cit.*, pág. 4, que señala que "Ce texte s'efforce de développer pour la première fois une politique globale en recherchant l'intégration sociale de la personne handicapée quels que soient son âge et son handicap".

⁸⁸⁵ Concretamente, el párrafo primero del artículo 1 de la *Loi 75-534* señala que: "La prévention et le dépistage des handicaps, les soins, l'éducation, la formation et l'orientation professionnelle, l'emploi, la garantie d'un minimum de ressources, l'intégration sociale et l'accès aux sports et aux loisirs du mineur et de l'adulte handicapés physiques, sensoriels ou mentaux constituent une obligation nationale".

⁸⁸⁶ Así lo señalan DIDIER- COURBIN, P.; GILBERT, P., "Éléments d'information sur la législation en faveur des personnes handicapées en France: de la loi de 1975 à celle de 2005, Abstract", *Revue française des affaires sociales*, 2, 2005, págs. 207-227 y LAULOM, S., "The Right to Work for Disabled Workers in France", *op. cit.*, pág. 57.

⁸⁸⁷ Tal y como señalan DIDIER- COURBIN, P.; GILBERT, P., "Éléments d'information sur la législation en faveur des personnes handicapées en France", *op. cit.*, págs. 214-215 y GARCÍA QUIÑONES, J.C., "El concepto jurídico laboral de discapacitado", *op. cit.* pág. 55 durante el periodo de 1975 a 2003, se dictaron multitud de normas que, en cumplimiento del artículo 1 *Loi 75-234*, pretendían reforzar los derechos de este colectivo. A título de ejemplo, véase la *Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs*, la *Loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés*, la *Loi n°89-486 du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation*, la *Loi no 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap*, la *Loi no 2000-627 du 6 juillet 2000 modifiant la loi no 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives*, la *Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale*, la *loi n° 2003-*

Ahora bien, el verdadero punto de inflexión en el tratamiento legal de los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico francés se produjo con la *Loi* 2005-102. Esta norma se encargó de unificar distintas disposiciones en un único texto normativo⁸⁸⁸, así como de transponer el artículo 5 de la Directiva 2000/78, esto es, la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad. Así pues, nos encontramos ante una actuación normativa transversal, que sigue la tendencia iniciada en la *Loi* 75-234. Además, adopta una perspectiva que combina la no discriminación por razón de discapacidad y el fomento del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad⁸⁸⁹, de forma muy coherente con la CIDPD. Se trata, pues, de una norma que enfatiza la integración de este colectivo en las principales dimensiones de la vida en sociedad⁸⁹⁰, mediante la asunción de dos objetivos principales: la accesibilidad, y la compensación por razón de discapacidad⁸⁹¹.

Estructuralmente, se trata de una disposición con más de 100 artículos, y sin ánimo de analizar todas y cada una de las medidas que contempla⁸⁹², sí que debe destacarse la especial atención que presta al fomento del empleo de las personas con discapacidad. Bajo la denominación “*Emploi, travail adapté et travail protégé*”, el capítulo segundo del título IV se encarga de introducir multitud de modificaciones normativas destinadas a ampliar las opciones de integración sociolaboral de este colectivo, tanto en el empleo ordinario como protegido. Y entre ellas, destaca, como ya se ha señalado, la transposición de la obligación de

495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière y, finalmente, la *Loi* n° 2003-590 du 2 juillet 2003 urbanisme et habitat.

⁸⁸⁸ En particular, incorpora aspectos de las siguientes normas: a) *Loi* 75-534; b) *Loi* 87-517, du 10 juillet 1987, en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés; c) *Loi* 90-602, du 12 juillet 1990, relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap; d) *Loi* 91-663 du 13 juillet 1991, portant diverses mesures destinées à favoriser l'accessibilité aux personnes handicapées.

⁸⁸⁹ Tal y como señala DIDIER- COURBIN, P.; GILBERT, P., “Éléments d'information sur la législation en faveur des personnes handicapées en France”, *op. cit.*, págs. 221 *in fine* y 222, la *Loi* 2005-102 parte de una lógica a medio camino entre la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad y el fomento del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

⁸⁹⁰ Así lo señala LAULOM, S., “The Right to Work for Disabled Workers in France”, *op. cit.*, pág. 58.

⁸⁹¹ Esta compensación se creó mediante el artículo 11 de la *Loi* 2005-102, que a su vez implementó el artículo L114-1-1 del CAF. Se trata de una serie de prestaciones, cubiertas por el Estado, que se encargan de paliar las consecuencias de la discapacidad mediante distintas medidas que pretenden satisfacer las necesidades individuales de la persona en cuestión. Entre las posibilidades que ofrece el artículo L114-1-1 del CAF encontramos la adaptación de la vivienda, el suministro de ayudas técnicas como sillas de ruedas o apoyo humano, entre otras.

⁸⁹² Para un examen en profundidad, véase DIDIER- COURBIN, P.; GILBERT, P., “Éléments d'information sur la législation en faveur des personnes handicapées en France”, *op. cit.*, págs. 215-222.

realizar ajustes razonables en el empleo para personas con discapacidad⁸⁹³, incorporando así este mecanismo al ordenamiento jurídico francés, que será analizado en profundidad en los apartados siguientes.

De forma más reciente, debe destacarse las aportaciones de la *Loi* 2008-496. Esta norma, que consta de un total de once artículos, acabó de transponer la Directiva 2000/78, tarea previamente acometida en parte por la *Loi* 75-234. Desde un punto de vista normativo, reforzó la protección contra la discriminación por razón de discapacidad, ya que incorporó la definición general de discriminación directa e indirecta⁸⁹⁴, así como la inversión de la carga de la prueba⁸⁹⁵, entre otras medidas. De esta manera, el legislador intensificó la protección de este colectivo, acercándose así a la completa implementación del modelo social de tratamiento de la discapacidad.

Por último, no puede finalizarse este apartado con un breve comentario a propósito del impacto de la CIDPD en el ordenamiento jurídico francés. Este instrumento internacional fue ratificado por Francia el 18 de febrero de 2010, desplegando sus efectos desde el 20 de marzo de 2010. Su influencia en el ordenamiento jurídico francés no ha sido especialmente destacable⁸⁹⁶, debido a que muchas de sus disposiciones ya fueron incorporadas mediante la *Loi* 2005-132⁸⁹⁷. Aún así, el rol de la CIDPD como norma de referencia, tal y como sucede en otros países, sigue siendo crucial para la interpretación de los mecanismos de integración en la vida social de las personas con discapacidad.

4.4.2. El concepto de persona con discapacidad

El concepto de persona con discapacidad en el ordenamiento jurídico francés ostenta distintas conceptualizaciones en función del ámbito material de aplicación. Teniendo en cuenta que el análisis comparado se centra en el ámbito del empleo y la ocupación, una primera acepción la hallamos en el artículo L5213-1 del CdT,

⁸⁹³ Véase el artículo 24.IV de la *Loi* 75-234.

⁸⁹⁴ Véase el artículo 1 de la *Loi* 2008-496.

⁸⁹⁵ Véase el artículo 4 de la *Loi* 2008-496.

⁸⁹⁶ *Vid.* LAULOM, S., "The Right to Work for Disabled Workers in France", *op. cit.*, pág. 59.

⁸⁹⁷ En este sentido, véase BACACHE, M., "Droit des handicapés - Convention des Nations Unies", *Revue Trimestrielle de droit civil*, vol. 5, núm. 1, 2010, pág. 162.

que define como trabajador con discapacidad a aquellas personas cuya capacidad de obtener o conservar un empleo es limitada a causa de la alteración de una o varias funciones físicas, sensoriales, mentales o psíquicas⁸⁹⁸. Esta definición legal se condiciona al reconocimiento de esta circunstancia por la *Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées*, organismo este regulado en los artículos L241-5 a L241-12 del CAF⁸⁹⁹. De esta manera, el reconocimiento administrativo de la discapacidad permitirá al trabajador beneficiarse de las medidas antidiscriminatorias y de acción positiva del CdT, y de una orientación sociolaboral, en aras de fomentar su integración en el mercado ordinario o en un centro de reducción profesional⁹⁰⁰.

Como ya se ha avanzado, no se trata de la única definición de persona con discapacidad que existe en el ordenamiento jurídico francés en el ámbito del empleo y la ocupación. El artículo L114 del CAF contiene una definición de persona con discapacidad más cercana a la CIDPD, probablemente por su fecha de incorporación en el ordenamiento jurídico francés⁹⁰¹. Así, se sostiene que constituirá una discapacidad, en el ámbito del CAF, cualquier limitación o restricción de participación en la vida o actividad que, en interacción con el entorno, afecte a una o varias funciones físicas, sensoriales, mentales, cognitivas o psíquicas de una persona, a causa de una alteración sustancial de larga duración o definitiva⁹⁰².

Ante estas dos definiciones, la cuestión es determinar cuál de ellas debe aplicarse a efectos de la obligación de realizar ajustes razonables. Como premisa, conviene advertir de la coexistencia de ambas, aunque con matices. El legislador francés

⁸⁹⁸ El texto original de este artículo es el siguiente: *“Est considérée comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique.”*

⁸⁹⁹ Concretamente, este organismo se compone de representantes de los departamentos, servicios y establecimientos públicos del Estado, de los organismos que componen el sistema de Seguridad Social, de las organizaciones sindicales, entre otros, y por personas con discapacidad, de tal forma que un tercio de la composición de la Comisión estará compuesta por dicho colectivo. Para un examen más en profundidad sobre el funcionamiento de este organismo, véase el *Décret 2005 -1589* de 19 de diciembre de 2005.

⁹⁰⁰ Véanse los artículos L5213-2 y L5213-2-1 del CdT *in fine*.

⁹⁰¹ El origen del artículo L114 del CAF se remonta a la aprobación de la Loi 2005-102, que se encargó de transponer la Directiva 2000/78. Por otro lado, el artículo L5213-1 del CdT no ha cambiado su redacción desde su implementación en el CdT, concretamente, desde el 1 de julio de 1975.

⁹⁰² La redacción original de este precepto es: *“Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant.”*

se encargó de precisar que la caracterización plasmada en el artículo L114 del CAF delimitaba su ámbito de aplicación material respecto al CAF⁹⁰³, y, por lo tanto, dicha definición será aplicable única y exclusivamente a aquellas disposiciones sobre empleo y ocupación incardinadas en esta norma⁹⁰⁴. Tal y como se examinará en el siguiente apartado, la obligación de realizar ajustes razonables en Francia se halla regulada en el artículo L5213-6 del CdT, y, en consecuencia, el concepto de persona con discapacidad a efectos de su aplicación es el previsto en el artículo L5213-1 del CdT.

Como puede observarse, nos encontramos ante un concepto de persona con discapacidad que no se halla actualizada a la luz de la CIDPD, y este es uno de los principales obstáculos ante los que se halla la aplicación de la obligación de realizar ajustes razonables en Francia. Sin perjuicio de los efectos estigmatizantes propios de una caracterización definida en términos negativos, el artículo L5213-1 del CdT representa una clara manifestación del modelo médico de tratamiento de la discapacidad⁹⁰⁵, y es por lo tanto una definición incompleta y desfasada. La exigencia de que la aplicación de las medidas sociolaborales se condicione al reconocimiento de la situación de discapacidad por un organismo administrativo, influye negativamente en la eficacia y ámbito de actuación de los ajustes razonables, ya que reduce enormemente sus posibilidades de aplicación. De hecho, parece ciertamente oponerse al concepto de persona con discapacidad definido por el TJUE, ya que la determinación de la discapacidad se efectúa teniendo en cuenta la existencia de deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional, en igualdad de condiciones⁹⁰⁶.

⁹⁰³ La expresión “[...] *au sens de la présente loi* [...]” evidencia la voluntad legislativa de aplicar la definición de persona con discapacidad, de carácter más vanguardista, a las medidas incluidas en el CAF.

⁹⁰⁴ El contenido concreto de las distintas medidas se halla en los artículos L243-4 a L243-7 del CAF.

⁹⁰⁵ Para un examen del origen y las connotaciones de este paradigma de tratamiento de la discapacidad, véase el apartado 1.2 de este estudio.

⁹⁰⁶ Esta definición de persona con discapacidad no ha sufrido excesivas variaciones desde su plasmación en la STJUE de 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11, *HK Danmark*, EU:C:2013:222, más allá de concretar el alcance y determinación de la expresión “larga duración” en el marco de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, *Daouidi*, EU:C:2016:917.

4.4.3. La configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad: La caracterización de la obligación

La obligación de realizar ajustes razonables la encontramos en el artículo L5213-6 del CdT, que es el precepto que se encargó de la transposición del artículo 5 Directiva 2000/78⁹⁰⁷. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el legislador francés no efectuó una transposición idéntica del artículo 5 de la Directiva 2000/78. En particular, el artículo L5213-6 del CdT establece, como materialización del principio de igualdad de las personas con discapacidad, la obligación empresarial de adoptar las medidas apropiadas para permitir a los trabajadores con discapacidad el acceso o mantenimiento del empleo, el ejercicio del derecho al trabajo y/o progresar profesionalmente⁹⁰⁸. Llama la atención que el legislador francés ha precisado que la realización de estas medidas no podrá ser considerada en ningún caso discriminatoria, ex artículo L1133-4 del CdT⁹⁰⁹, especialmente si tenemos en cuenta la amplitud inherente a la expresión “medidas apropiadas”, excluyendo así el análisis de constitucionalidad que podría suscitar la adopción de alguna medida incardinada en esta obligación⁹¹⁰.

⁹⁰⁷ Vid. JOLY, L., *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Dalloz, Paris, 2015, pág. 255.

⁹⁰⁸ El texto original del artículo L5213-6 CdT es el siguiente: “*Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1° à 4° et 9° à 11° de l'article L. 5212-13 d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée.*”

⁹⁰⁹ El texto original del precepto citado es el siguiente: “*Les mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement, prévues à l'article L. 5213-6 ne constituent pas une discrimination.*”

⁹¹⁰ A nivel español, esta discusión se planteó en sede constitucional con motivo de la reserva de puesto de trabajo, en el marco de la STC núm. 269/1994, de 3 de octubre. Concretamente, la citada sentencia ofrece una respuesta a la existencia de una diferencia de trato inherente en el cupo de reserva para personas con discapacidad, que a criterio de la recurrente, constituye una diferencia de trato al margen de los principios de igualdad en el acceso a la función pública en atención al mérito y la capacidad acreditados, afirmando en consecuencia que se basaba en una condición de la persona (su discapacidad), que ponía en peor situación a aquéllas otras que, aun habiendo obtenido puntuaciones superiores, no compartían esta característica. Así, la recurrente entiende que la diferenciación de trato materializada mediante el cupo de reserva no era objetiva y razonable ya que radicaba en una diferencia personal, y, por lo tanto, prohibida a tenor del artículo 14 de la CE, y formula además subsidiariamente que, en caso de no considerarse discriminatoria, esta medida infringe los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública ex artículo 23.2 CE

La respuesta del Tribunal Constitucional analiza en primer lugar la posible naturaleza discriminatoria del mecanismo de acción positiva mencionado, y seguidamente, su encaje en relación con el artículo 23.2 de la CE. Respecto a la primera cuestión, el Tribunal sostiene que la discapacidad puede constituir una causa real de discriminación, y ello exige la instrumentación de medidas de fomento de la igualdad de oportunidades para este colectivo. Tales mecanismos incluyen una dimensión social del problema, que su calificación como discriminatorios ignora, ya que la recurrente centra su tesis en el impacto individual de la medida sobre el proceso selectivo. A propósito de su legitimidad con relación al artículo 23.2 de la CE, la sentencia recuerda

Como puede observarse, nos encontramos ante una transposición sumamente atípica⁹¹¹. La plasmación de la obligación de realizar ajustes razonables se conceptualiza de forma aún más abstracta que en el artículo 5 Directiva 2000/78, ya que el legislador sustituye la expresión “ajustes razonables”, reflejada en la Directiva 2000/78, por la necesidad de tomar “medidas apropiadas”. Nos encontramos, pues, ante una apuesta por la eficacia y la flexibilidad, omitiendo la utilización de los términos “ajuste” y “razonable”, aunque la exigencia de la razonabilidad ha sido objeto de debate doctrinal. Para algunos autores, la utilización del término “apropiadas” es una manifestación de la razonabilidad⁹¹², dado que exigirá un examen de la efectividad concreta de las medidas para que el trabajador con discapacidad pueda desempeñar sus funciones. No obstante, otro sector de la doctrina francesa, encabezado por la profesora MERCAT BRUNS⁹¹³, señala que la expresión “medidas apropiadas” no actúa siempre como sinónimo de “razonable”, existiendo así ciertas diferencias con la expresión “ajustes razonables” utilizada en la Directiva 2000/78. En cualquier caso, tal caracterización de la razonabilidad se alinea justamente con la apuesta por la efectividad del legislador francés ya señalada anteriormente, adoptándose así una configuración de esta obligación atípica, que no única⁹¹⁴.

que la regulación de las pruebas de acceso al empleo público ostenta límites positivos – requisitos de acceso que deben establecerse en términos de igualdad, que respondan a los principios de mérito y capacidad - y límites negativos – las condiciones de acceso al empleo público no deben efectuarse en términos concretos e individualizados -. Tras esta puntualización, el Tribunal sostiene que la discapacidad no es valorada como mérito, sino como un factor que dificulta la inserción laboral de este colectivo, y de esta manera, tanto el cupo de reserva como la cuota de reserva favorecen la materialización efectiva del principio de igualdad. De hecho, el Tribunal afirma que este mecanismo de acción positiva no restringe el derecho de los que opositan a las plazas del turno libre ni se omite el proceso de selección a aquellas personas que optan por el turno reservado para personas con discapacidad, a las que se las valora por su mérito y capacidad en igualdad de condiciones.

⁹¹¹ Así, por ejemplo, MERCAT-BRUNS, M., *Discrimination at Work: Comparing European, French, and American Law*, University of California Press, Oakland, 2016, pág. 135 señala que se trata de una instrumentación poco convencional y que no se halla mencionada explícitamente en el marco del Derecho de la UE.

⁹¹² Así lo señala JOLY, L., *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, op. cit., pág. 287, que sostiene que: “C'est ici l'idée d'adéquation qui se trouve déduite de la notion de <<raisonnable>>. Il est, dès lors, essentiel de déterminer CE que sont des mesures appropriées pour mettre en oeuvre de façon effective l'obligation de pourvoir des aménagements raisonnables”.

⁹¹³ Vid. MERCAT-BRUNS, M., *Discrimination at Work*, op. cit., pág. 136.

⁹¹⁴ En efecto, Irlanda, Países Bajos, Suecia y Reino Unido también han optado por la definición de la obligación de realizar ajustes razonables como una medida eficaz y apropiada que favorezca el empleo de las personas con discapacidad, tal y como han señalado WADDINGTON, L.; LAWSON, A., *Disability and non-discrimination law in the European Union*, op. cit., pág. 7 y MERCAT-BRUNS, M., *Discrimination at Work*, op. cit., pág. 135.

Sin embargo, el obstáculo que impide una mayor eficacia de esta configuración del artículo 5 de la Directiva 2000/78 es su marcada generalidad. La falta de ejemplificación respecto de qué tipo de medidas pueden incluirse, el alcance de las mismas, el silencio normativo sobre la aplicación de las medidas independientemente de la discapacidad del trabajador son algunas de las consecuencias concretas de la falta de concreción. De hecho, tan sólo existe una medida que el legislador afirma que puede incluirse en el marco de estas medidas apropiadas: la adaptación del horario de trabajo del trabajador con discapacidad⁹¹⁵. Salvo la adaptación horaria, cuya interpretación debe examinarse a la luz del concepto de ajuste razonable⁹¹⁶, no existe actualmente ningún ejemplo concreto en el CdT que ejemplifique el significado de la expresión “medidas apropiadas”⁹¹⁷.

Ante este escenario normativo, la conclusión que puede extraerse es que el legislador francés pretendió ofrecer una obligación poco delimitada legalmente que brindase múltiples opciones a los empresarios, cediendo así el papel de su configuración a la negociación colectiva y a la jurisprudencia. Respecto a la primera, la apuesta fue especialmente tímida, ya que el único precepto que así lo prevé es el artículo L2241-13 del CdT. Esta disposición, dedicada a la implementación de medidas para trabajadores con discapacidad en el ámbito de la negociación colectiva trienal, establece la posibilidad de acordar medidas que favorezcan el acceso al empleo, la formación, la promoción profesional, la

⁹¹⁵ Este mecanismo, que se halla en el artículo L3121-49 del CdT, puede incluso extenderse en aquellos supuestos en los que es un familiar quien tiene reconocida la condición de discapacidad.

En particular, la redacción de este precepto es la siguiente: “*Les salariés mentionnés aux 1° à 4° et 9° à 11° de l'article L. 5212-13 bénéficient à leur demande, au titre des mesures appropriées prévues à l'article L. 5213-6, d'un aménagement d'horaires individualisés propre à faciliter leur accès à l'emploi, leur exercice professionnel ou le maintien dans leur emploi. Les aidants familiaux et les proches d'une personne handicapée bénéficient, dans les mêmes conditions, d'un aménagement d'horaires individualisés propre à faciliter l'accompagnement de cette personne*”.

⁹¹⁶ Vid. BLATMAN, M., “L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées”, Informe del defensor de los derechos de la República Francesa, diciembre 2016, pág. 195.

⁹¹⁷ Sobre esta cuestión, conviene apuntar que hubo un momento temporal en el que el legislador francés concretó de forma expresa el contenido de las medidas apropiadas indicadas en el artículo L5213-6 del CdT, y lo hizo en el marco del extinto artículo L323-9-1 del CdT. El artículo 24 de la *Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées* instrumentó la modificación del artículo L323-9, añadiendo el apartado primero, y cuyo contenido, por su claridad, se reproduce a continuación: “*Ces aides peuvent concerner notamment l'adaptation de machines ou d'outillages, l'aménagement de postes de travail, y compris l'accompagnement et l'équipement individuels nécessaires aux travailleurs handicapés pour occuper ces postes, et les accès aux lieux de travail*.” Sin embargo, esta disposición se halla derogada en la actualidad, y, en consecuencia, no existe clarificación normativa alguna a propósito de ejemplificar las medidas apropiadas a adoptar.

adaptación de las condiciones de trabajo y el mantenimiento del empleo de este colectivo⁹¹⁸. Sin embargo, sus resultados han sido poco efectivos, tal y como ha apuntado la doctrina francesa⁹¹⁹.

Por otro lado, si examinamos la jurisprudencia, se observa que los tribunales franceses no han sido especialmente sensibles a esta cuestión. En efecto, la excesiva flexibilidad y falta de concreción respecto a la caracterización de la obligación, materializada mediante la expresión “medidas apropiadas”, han impedido que la *Cour de Cassation* se pronuncie sobre la configuración de esta obligación, circunstancia que a su vez ha derivado en un mayor protagonismo del *Conseil d’Etat*⁹²⁰. Si tenemos en cuenta que el *Conseil d’Etat* actúa como última instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa, los pronunciamientos judiciales relativos a esta obligación escapan del ámbito del empleo⁹²¹, y, por lo tanto, no serán objeto de análisis en el marco de este estudio⁹²².

⁹¹⁸ El texto íntegro del precepto es el siguiente: “*Les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels se réunissent pour négocier, tous les trois ans, sur les mesures tendant à l’insertion professionnelle et au maintien dans l’emploi des travailleurs handicapés. La négociation porte notamment sur les conditions d’accès à l’emploi, à la formation et à la promotion professionnelle ainsi que sur les conditions de travail, d’emploi et de maintien dans l’emploi. Les informations nécessaires à la négociation sont déterminées par voie réglementaire.*”

⁹¹⁹ Así lo señala BLATGE, M., “Le handicap: objet de négociation collective ou de communication?”, *La Revue de l’Ires*, vol. 4, 67, 2010, pág. 123-136, que constata la poca presencia en la negociación colectiva de cuestiones relacionadas con los trabajadores con discapacidad, e identificando que la mayoría de actuaciones relacionadas con este colectivo en Francia se han efectuado desde la Responsabilidad Social Empresarial.

En esta misma dirección, véase también JOLY, L., *L’emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, *op. cit.*, pág. 431.

⁹²⁰ Tal y como señala MERCAT-BRUNS, M., *Discrimination at Work*, *op. cit.* pág. 303, la mayoría de casos que se han encargado de analizar el concepto de “medidas apropiadas” se han decidido por el *Conseil d’Etat*.

⁹²¹ No obstante, han existido dos pronunciamientos en el ámbito laboral, de escasa entidad, sobre la obligación. Se trata de la Sentencia de la Cour d’appel de Douai, núm. 12/05719 de 21 de diciembre de 2012, y la Sentencia de la Cour d’appel de Bordeaux núm. 10/03585, de 20 de octubre de 2011. En el primero de ellos, se analizó la obligación de reclasificación, y se menciona indirectamente la obligación de realizar ajustes razonables, vinculándose a la primera en aquellos casos en los que el trabajador se halla enfermo. Respecto a la segunda sentencia, el tribunal francés calificó como nulo un despido como consecuencia de la no adaptación de las condiciones de trabajo del empleado con discapacidad. Ninguna de ellas aporta ningún elemento a destacar, más allá de que se hallan enmarcadas en el contexto de trabajadores con discapacidad, tratándose de un análisis sumamente superficial.

Para un examen en profundidad, véase FILLION, E.; GUÉVEL, M.R.; ROUSSEL, P., “Aménagements raisonnables et situations de handicap. Quels usages d’un nouveau cadre juridique?”, *Actes électroniques de la journée d’études du 11 février 2016*, págs. 41 y 42.

⁹²² Algunos pronunciamientos destacados dictados por el *Conseil d’Etat* han sido: a) la Sentencia del *Conseil d’Etat* núm. 301572, de 22 de octubre de 2010, que declaró la obligación del Estado Francés de introducir las medidas apropiadas para garantizar el acceso al empleo, en este caso público dado que se trataba de una auxiliar que trabajaba para la Administración de Justicia; b) la Sentencia del *Conseil d’Etat* núm. 347703, de 11 de julio de 2012, que sostiene que el Estado Francés ha de tener en cuenta la condición de persona con discapacidad de un magistrado, a efectos de la asignación de la carga de trabajo correspondiente, adecuando esta a su situación personal.

Todo ello evidencia, a modo de conclusión, que la apuesta por la flexibilidad no ha generado, hasta el momento, una adaptación real y efectiva de los puestos de trabajo a las personas con discapacidad en Francia.

4.4.4. Los límites de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad: La determinación de la carga excesiva

La exención legítima a la obligación de realizar ajustes razonables, denominada carga excesiva por el legislador europeo se halla prevista en el ordenamiento jurídico francés en el párrafo segundo del artículo L5213-6 del CdT. Este precepto sostiene que la mencionada obligación deberá ser cumplida siempre y cuando el coste no sea desproporcionado, exigiendo a tal efecto la valoración de la ayuda prevista en el artículo L5213-10 del CdT⁹²³. Como puede observarse, la configuración de la carga excesiva en el ordenamiento jurídico francés carece de una definición normativa, así como tampoco jurisprudencial⁹²⁴, y se caracteriza de forma negativa e indirecta, esto es, a través de la conexión con la expresión “medidas apropiadas” y la necesidad de que las medidas apropiadas no sean desproporcionadas. De esta manera, para que las medidas adoptadas en virtud del artículo L5213-6 del CdT sean obligatorias deberán ser proporcionadas. Y en este sentido, la proporcionalidad exigirá valorar la concesión de la ayuda establecida en el artículo L5213-10 del CdT⁹²⁵, valorándose, en la práctica, la cuantía otorgada en el marco de la mencionada ayuda⁹²⁶.

⁹²³ El texto original del párrafo segundo del artículo L5213-6 del CdT es el siguiente: “*Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en oeuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue à l'article L. 5213-10 qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à CE titre par l'employeur*”.

⁹²⁴ Así lo indica JOLY, L., *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, op. cit., pág. 311 *in fine*, que señala que: “*Pour autant, le Code du travail ne comporte aucune définition de CE que représente une <<charge disproportionnée>>, et les juges n'ont, à CE jour, pas encore livré d'interprétation sur CE point*”.

⁹²⁵ El artículo L5213-10 señala que: “*L'Etat peut attribuer une aide financière du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés à tout employeur soumis à l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés afin de faciliter la mise ou la remise au travail en milieu ordinaire de production des personnes handicapées*”.

⁹²⁶ La configuración de esta ayuda se halla en los artículos R5213-32 a R5213-35 del CdT, y se concede para la adaptación de los medios de trabajo, el puesto de trabajo e incluye las herramientas de trabajo individuales de los trabajadores con discapacidad (artículo R5213-32). Al amparo del artículo R5213-34, el importe de la ayuda financiera no podrá superar el 80 % del coste económico de la adaptación o medida efectuada. Para un examen más detallado sobre el procedimiento para solicitar esta ayuda, véase RICHEVAUX, M., “*Travailleurs Handicapés*”, *JurisClasseur Travail Traité*, vol. Fasc. 8-10, 2016, pág. 77 (versión electrónica).

Llama la atención la ausencia de desarrollo normativo sobre esta cuestión, que es capital en la caracterización de la obligación. Es cierto que el segundo párrafo artículo L5213-6 del CdT se ajusta al contenido del artículo 5 de la Directiva 2000/78 sobre este aspecto de la obligación⁹²⁷, pero debe advertirse que resulta insuficiente para los operadores jurídicos. La falta de detalles en la transposición de la configuración de la carga excesiva dificulta enormemente una aplicación efectiva de la obligación, generando lagunas sobre su aplicación para los operadores jurídicos franceses. Y en este punto, debe advertirse la gravedad de ello, máxime cuando el considerando 21 de la Directiva 2000/78 contiene distintos parámetros para valorar la existencia de carga excesiva⁹²⁸. Así, esta situación normativa es especialmente problemática a nivel francés, pues plantea una situación de conflicto no resuelta a propósito de la aplicación de los parámetros del considerando 21 en el marco de la aplicación de la obligación de realizar ajustes razonables en el territorio francés, dado que no ostenta valor normativo al no hallarse integrado en el articulado de la Directiva 2000/78.

En estrecha conexión con esta cuestión, mención especial merece el escaso desarrollo del término “desproporcionado”. El contenido del artículo L5213-6 del CdT se presenta como excesivamente pobre para lograr una aplicación efectiva de la obligación de realizar ajustes razonables, ya que no indica los parámetros a valorar para determinar que una medida es desproporcionada. La única referencia que se contiene se refiere a la ayuda prevista ex artículo L5213-10 del CdT, hecho este que permite afirmar que el legislador francés ha implementado única y exclusivamente la valoración económica en el marco de la proporcionalidad de las medidas adoptadas. No obstante, la profesora JOLY defiende que además del aspecto económico, que es el elemento principal e incluiría el examen

⁹²⁷ Concretamente, la versión francesa del artículo 5 de la Directiva 2000/78 sostiene que “*Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'Etat membre concerné en faveur des personnes handicapées*”.

⁹²⁸ Las circunstancias a valorar según el mencionado considerando serán, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que éstas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

proporcional del coste de la medida, las subvenciones públicas recibidas por el empleador y las deducciones fiscales⁹²⁹, debe analizarse la dimensión organizativa, que incluiría un examen de la compatibilidad de las obligaciones de prevención y salud del empresario y el buen funcionamiento de la estructura productiva⁹³⁰. Las razones que ofrece esta autora a propósito del examen de la dimensión organizativa obedecen al impacto que genera el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el entorno empresarial.

No obstante, conviene añadir en este punto que la inclusión de aspectos que van más allá de una visión económica del examen de la carga excesiva puede defenderse a la luz de la jurisprudencia del TJUE⁹³¹. En efecto, la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, desempeña un papel fundamental en la interpretación de todos los aspectos de esta obligación, y ello abarca, según mi opinión, incluso el examen de los aspectos que se ponderan en la carga desproporcionada. La interpretación expansiva de la obligación de realizar ajustes razonables que efectúa este pronunciamiento, que puede apreciarse en sus apartados 53 y 54, sumado a la circunstancia de que el considerando 21 de la Directiva 2000/78 contiene la expresión “particularmente”, permite efectuar una interpretación analógica del razonamiento que realiza el Tribunal en el apartado 56 del mencionado pronunciamiento judicial. De esta manera, el análisis de la carga excesiva en el ordenamiento jurídico francés permitiría abarcar las distintas dimensiones establecidas en el considerando 21 de la Directiva 2000/78, a pesar del silencio normativo, todo ello con la finalidad de lograr la igualdad de trato de este colectivo.

⁹²⁹ En este sentido, véase JOLY, L., *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, op. cit., pág. 312-317.

⁹³⁰ Vid. *Ibid.*, pág. 317-325.

⁹³¹ Para un examen en profundidad sobre los pronunciamientos más importantes en materia de discapacidad dictados por el TJUE, véase el apartado 3.5 de este estudio.

4.4.5. Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad

El incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el ordenamiento jurídico francés puede ser considerado como un comportamiento discriminatorio, a la luz del artículo L5213-6 tercer párrafo del CdT⁹³². El carácter discriminatorio de la denegación de las medidas apropiadas exigirá demostrar que la actuación empresarial no es objetiva, necesaria y apropiada, en virtud de la remisión al artículo L1133-3 del CdT que efectúa el citado artículo L5213-6 del CdT⁹³³. Como puede observarse, este escenario normativo no asocia automáticamente la denegación de los ajustes razonables a su consideración como discriminatorio, dando lugar, pues, a la posibilidad de que el incumplimiento de esta obligación pueda no considerarse discriminatorio si el empresario puede demostrar que la decisión es objetiva, necesaria y apropiada. En consecuencia, el legislador francés no ha establecido una presunción normativa que califique como discriminatoria la no realización de los ajustes razonables.

Si la denegación de realizar ajustes razonables no se debe a razones objetivas, necesarias y apropiadas, se permitirá el ejercicio, por parte del trabajador, de una acción penal y/o civil. La tutela penal se ejercerá ante el *Tribunal Correctionnel*, que se encargará de investigar si se ha producido una discriminación en los términos señalados en la legislación penal⁹³⁴. La consideración de la conducta

⁹³² El contenido literal de este párrafo es el siguiente: “*Le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-3*”.

⁹³³ El artículo L1133-3 del CdT constata: “*Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées*”.

⁹³⁴ Concretamente, el artículo 225-1 del *Code Pénal* señala que: “*Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.*

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales sur le fondement de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de la grossesse, de l'apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, de la perte d'autonomie, du handicap, des caractéristiques génétiques, des

como un ilícito penal está penado con tres años de prisión y una multa de 45.000 euros, tal y como señala el artículo 225-2 del *Code Pénal*, consecuencias estas que pueden llegar a incrementarse hasta los cinco años de prisión y una multa de 75.000 euros⁹³⁵.

Respecto a la acción civil, el trabajador podrá presentar una demanda ante el *Conseil des Prud'hommes*, en la que peticione el cese del comportamiento discriminatorio y la reparación del perjuicio causado por la decisión empresarial. Sobre este último aspecto, la sección tercera del capítulo V (artículos 66 a 84) de la *Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle* se encarga de establecer distintas reglas procesales, sin que en ningún caso se ofrezcan pautas legales para proceder al cálculo de la indemnización. Asimismo, a la acción civil individual, que prescribirá a los cinco años de haberse producido la conducta discriminatoria⁹³⁶, debe sumársele la denominada *action de groupe*, regulada en los artículos L1134-6 a L1134-10 del CdT⁹³⁷. El propósito de esta nueva tutela de carácter colectivo es idéntico al de la acción civil individual, pero permite a los sindicatos, o a las asociaciones si acreditan un periodo de lucha contra la discriminación superior a cinco años⁹³⁸, la posibilidad de interponer una demanda por discriminación.

mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales".

⁹³⁵ El ilícito penal agravado de discriminación sólo se aplicará cuando la conducta consista en el rechazo del suministro de bienes o servicios, de conformidad con el último párrafo del artículo 225-2 del *Code Pénal*.

⁹³⁶ Véase el artículo 1134-5 del CdT, que señala: "*L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination. CE délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel. Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée*".

⁹³⁷ Esta posibilidad se ha incorporado de forma reciente al ordenamiento jurídico francés, mediante el capítulo primero del título V de la *loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe*.

⁹³⁸ Véase el artículo L1134-7 del CdT.

CAPÍTULO 5: LA CONFIGURACIÓN ESPAÑOLA DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES EN EL PUESTO DE TRABAJO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO ORDINARIO

La obligación de realizar ajustes razonables en el ámbito español ha materializado la transición hacia el modelo social de tratamiento de la discapacidad. Su incorporación, fruto de la transposición de la Directiva 2000/78, fue una gran novedad en materia de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad. Es cierto que este mecanismo se ha acompañado de otras medidas, como por ejemplo el abandono progresivo de la terminología estigmatizadora o la previsión de incentivos económicos, pero la importancia que otorga la CIDPD a la obligación de realizar ajustes razonables convierte a este deber empresarial en una pieza clave en la integración laboral de las personas con discapacidad.

Ante este escenario, el presente capítulo pretende ofrecer una aproximación histórica del fenómeno de la discapacidad en el ámbito del empleo ordinario como cuestión introductoria al examen de la configuración española de la obligación de realizar ajustes razonables. A continuación, se analizará en profundidad la configuración actual del deber empresarial objeto de estudio. Concretamente, serán objeto de estudio la caracterización, los límites y el incumplimiento de la obligación, abordando aspectos esenciales como por ejemplo su naturaleza, la determinación de la carga excesiva, el significado de la razonabilidad o las consecuencias derivadas del incumplimiento, entre otras.

De forma previa a abordar la evolución histórica del concepto de discapacidad, conviene efectuar dos precisiones de interés. En primer lugar, la exclusión explícita del estudio de la obligación de realizar ajustes razonables en el ámbito del empleo público. A diferencia del ámbito ordinario, el legislador se ha encargado de efectuar un desarrollo reglamentario⁹³⁹, pero las diferencias que presenta el ámbito público en relación con el ámbito ordinario exigirían un estudio

⁹³⁹ Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad (BOE de 17 de diciembre).

separado de la cuestión, que por razones de espacio se ha excluido de efectuar en el marco de la presente obra.

Otro aspecto sobre la que conviene advertir al lector/a es una cuestión terminológica no menor en el marco de este estudio, que se ha apuntado anteriormente: la denominación de la discapacidad. El legislador ha utilizado a lo largo de los años diversas palabras para referirse a las personas con discapacidad. Así, por ejemplo, la normativa se refiere a este colectivo mediante la expresión “*minusválidos*”, “*deficientes*” o “*subnormales*”, por citar algunas. Como puede observarse, todas ellas llevan implícita una carga peyorativa, que, con el tiempo, se ha procurado que desaparezca⁹⁴⁰. Este estudio se hace eco de este cambio, y de hecho todas las referencias a este colectivo se efectúan utilizando la expresión “personas con discapacidad”. No obstante, la aproximación histórica que se efectuará en el marco del apartado 5.1 exige mantener la utilización de las expresiones originales, por razones de rigor histórico. Y a tal efecto, se advierte al lector/a que se ha optado por indicar en cursiva aquellas expresiones que, tras la aprobación de la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE de 15 de diciembre), no serían correctas en la actualidad.

5.1. Una aproximación histórica a la inserción laboral en el empleo ordinario de las personas con discapacidad. Especial consideración a la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad

La integración de las personas con discapacidad en el empleo ordinario ha sido una preocupación que ha ido adquiriendo cada vez una mayor importancia para los poderes públicos. Las medidas adoptadas se han integrado en distintas categorías, como por ejemplo medidas de acción positiva indirecta, que incluyen la previsión de incentivos y subvenciones a la contratación laboral de las personas

⁹⁴⁰ En este sentido, la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE de 15 de diciembre) exigió el uso de la expresión “persona con discapacidad”, sustituyendo el término “*minusválido*”.

con discapacidad⁹⁴¹, mecanismos de acción positiva directa como la cuota de reserva⁹⁴², o la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo. En este sentido, la razón de ser de éstas radica en las especiales dificultades de acceso y mantenimiento en el mercado de trabajo de los trabajadores con discapacidad, un conjunto de medidas que se han destinado a incrementar el número de personas con discapacidad que prestan servicios en el ámbito del empleo ordinario, entre otros⁹⁴³.

Sin ánimo de analizar la caracterización y evolución normativa de las distintas medidas existentes en materia de integración laboral de este colectivo, este apartado pretende ofrecer una visión general sobre la evolución normativa española, centrandó la reflexión en el origen y evolución de la configuración española de la obligación de realizar ajustes razonables. Así pues, se plasmará una visión histórica, tomando como referencia temporal la introducción de las dos normas principales en esta materia, a saber, la CIDPD y la Directiva 2000/78, examinando así las aportaciones de cada una de ellas en el ordenamiento jurídico español y su efectividad.

⁹⁴¹ Dentro de este grupo se incluyen los mecanismos de incentivación económica inmediata – subvenciones-, los mecanismos de incentivación relacionados con la Seguridad Social, las deducciones fiscales, las bonificaciones en la contratación indefinida de personas con discapacidad, entre otras.

Para un examen en profundidad sobre esta categoría, véase ESTEBAN LEGARRETA, R.; GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo.”, *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, vol. 2, 1, 2014. y FERNÁNDEZ-GARCIA, A., “Crisis económica y medidas de fomento del empleo de las personas con discapacidad”, *IusLabor*, vol. 1, 2016.

⁹⁴² Para un examen en profundidad sobre esta institución, véase PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad*, *op. cit.*

⁹⁴³ La integración laboral de las personas con discapacidad no se centra única y exclusivamente en el empleo ordinario. En este sentido, existen dos formulaciones más que pretenden abarcar una integración plena y efectiva de las personas con discapacidad teniendo en consideración la diversidad de este colectivo. Así, el legislador diseño dos fórmulas paralelas al empleo ordinario; a saber, el empleo protegido, que incluye la prestación de servicios en centros especiales de empleo y enclaves laborales, y el empleo autónomo, instituciones estas que no serán objeto de tratamiento en el presente estudio.

Para un examen en profundidad sobre el empleo protegido, véase GARRIDO PÉREZ, E., *El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo*, Tirant lo Blanch, 2000; ÁLVAREZ CUESTA, H., “La relación laboral especial de los discapacitados en los centros especiales de empleo”, *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, 5, 2004, págs. 609-637; CORDERO GORDILLO, V., “El papel de los centros especiales de empleo en la integración laboral de las personas con discapacidad”, en *Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo: XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, págs. 681-698; ESTEBAN LEGARRETA, R. (DIR.); PÉREZ AMORÓS, F. (DIR.), *La aplicación del derecho del trabajo en los centros especiales de empleo*, *op. cit.*

5.1.1. Los albores del tratamiento de la discapacidad en España (1900-1979)

A) Los primeros pasos normativos en el fomento del empleo de las personas con discapacidad

La normativa sobre personas con discapacidad y su protección en la etapa previa a la aprobación y transposición de la Directiva 2000/78 fue escasa y excesivamente paternalista⁹⁴⁴, centrada especialmente en la definición del concepto de persona con discapacidad. Una característica que define el tratamiento de la discapacidad en este momento temporal es la influencia del paradigma de tratamiento médico, ya que no se aprecia la afectación del entorno en la calificación de la discapacidad. En este sentido, la protección normativa de este colectivo ha sido instrumentada de forma gradual a diferentes subcolectivos de personas con discapacidad, tal y como ya ha manifestado la doctrina⁹⁴⁵.

En un momento inicial, la protección a este colectivo se limitó al ámbito de la Seguridad Social. Bajo la expresión “trabajadores accidentados”, la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 plasmó un sistema de compensaciones fundamentado en el tipo de incapacidad que el accidentado le hubiere generado al trabajador⁹⁴⁶. La importancia de esta norma radica en que actuó como catalizador de la protección de las personas con discapacidad, expandiendo tal

⁹⁴⁴ Vid. TUSET DEL PINO, P., *La contratación de trabajadores minusválidos*, op. cit. pág. 28, que señala que durante el siglo XIX la legislación española adoptó un sentido acusadamente paternalista, piadoso protector en favor de los denominados desvalidos.

En esta misma línea, véase también MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, Civitas, Madrid, 2009, pág. 19.

⁹⁴⁵ Así lo señala. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., que cita a CASADO PÉREZ, D., *Panorámica de la discapacidad*, Intress, Barcelona, 1991, pág. 79, el cual apunta que “Tras la creación del mutilado, el inválido y el subnormal, el celo protector de los poderes públicos engendró una cuarta figura de beneficiario: el minusválido.”

Asimismo, PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad*, op. cit., págs.145-156 también llega a la misma conclusión, analizando para ello la totalidad de las normas aprobadas en el ordenamiento jurídico español sobre el concepto de persona con discapacidad.

⁹⁴⁶ Para un análisis en profundidad sobre el contenido de esta norma, véase ALONSO OLEA, M., “El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900”, *Papeles y memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 8, 2000, págs. 2-13; y SEMPERE NAVARRO, A.V., “Virtualidad de la Ley de accidentes de trabajo de 1900”, en DOMBLÁS, M.A. (Coord.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, 2007, págs. 57-79.

calificación a otras subcategorías⁹⁴⁷. Sin embargo, la consolidación de un concepto único de persona con discapacidad no llegaría hasta la aprobación de la LISMI⁹⁴⁸, que será comentada en profundidad en el siguiente apartado del presente estudio.

La pretensión tuitiva del legislador sobre este colectivo se extendió también al ámbito del Derecho del Trabajo, y buena muestra de ello fue la Orden de 24 de junio de 1946 sobre despido de Caballeros mutilados o mutilados accidentales. Mediante los cinco artículos que prevé esta norma, el legislador instrumentó una protección específica procesal en el marco de las extinciones de los contratos de trabajo de personas consideradas mutilados de guerra y accidentales. Concretamente, la norma se encarga de prever la necesidad de comunicar a la Comisión Inspector Provincial de Mutilados de Guerra la voluntad empresarial de extinguir el contrato de trabajo, independientemente de la actividad empresarial, a fin de tramitar un expediente de diligencias previas por la Comisión Inspector Provincial de Mutilados de Guerra que autorizase la extinción.

En este punto, conviene señalar que el legislador era consciente no sólo de la necesidad de acomodar las vías de extinción de los contratos, sino de la necesidad de hallar mecanismos para la recolocación de trabajadores con discapacidad. Por ello, se aprobó la Orden de 31 de mayo de 1950 por la que se impone a las Empresas la obligación de reintegrar sus puestos de trabajo a los declarado de nuevo aptos para el mismo. Esta norma prevé la obligación de reincorporar a los trabajadores inicialmente declarados pensionistas de incapacidad permanente que son declarados con aptitud total para el trabajo tras la correspondiente revisión reglamentaria⁹⁴⁹, derecho este sobre el que no existía anteriormente ninguna disposición, y que no puede calificarse como medida de

⁹⁴⁷ Véase ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., pág. 45, que destaca la expansión de la protección a los sujetos incluidos dentro del seguro social, a las personas con discapacidad congénita y a las personas con problemas de alcoholismo e inadaptación social.

⁹⁴⁸ *Ibid.* pág. 47.

⁹⁴⁹ El legislador fue especialmente meticuloso en la regulación de este derecho del trabajador, ya que contempla, en su artículo 2, el plazo de un mes para solicitar la reincorporación en el mismo puesto de trabajo y empresa en la que el trabajador prestaba servicios en el momento de producirse su baja. Para un estudio más detallado sobre esta cuestión, véase ESTEBAN LEGARRETA, R., "Incidencia de la reforma de la incapacidad temporal en la suspensión del contrato de trabajo", en OJEDA AVILÉS, A., *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 238-253.

acción positiva⁹⁵⁰. Tal obligación de reincorporación es una manifestación embrionaria de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo. Es cierto que se reduce a una situación muy particular y prevé única y exclusivamente el retorno del trabajador tras su recuperación, pero puso de manifiesto la necesidad de reintegrar en el mercado de trabajo aquellos trabajadores cuya capacidad de trabajo se había reducido total o parcialmente. Y es aquí donde precisamente radica la conexión con la obligación de realizar ajustes razonables, pues ambas comparten idéntico propósito.

B) El Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores *minusválidos*

Un momento destacado para el fomento del empleo de las personas con discapacidad en España se produjo con la entrada en vigor del Decreto 2531/1970, una norma que fue calificada por la doctrina como la primera que asumió el propósito del fomento del empleo de este colectivo⁹⁵¹. Se trató de un texto normativo no muy extenso, que implementó una política de empleo sistemática⁹⁵², y *constituyó, durante más de una década, el centro neurálgico de la actuación del Estado en materia de fomento del empleo de las personas con discapacidad*⁹⁵³.

Esta norma mostró una marcada preocupación por la incorporación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo como manifestación de la política social, apelando para ello a razones de desarrollo económico y social⁹⁵⁴.

⁹⁵⁰ Así lo señala PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad*, op. cit., pág. 343, que indica que la extinción del contrato de trabajo supone la ausencia de imposición contractual *ex lege*.

⁹⁵¹ Vid. GARCÍA QUIÑONES, J.C., "El concepto jurídico laboral de discapacitado", en VALDES DAL-RE, F. (DIR.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, 2005, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pág. 69.

En este mismo sentido, ESTEBAN LEGARRETA, R., "Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos en favor del empleo de las personas con discapacidad", *Documentación laboral*, núm. 64, 2001, pág. 125 señaló que se trata de la primera vez que una norma busca la adaptación de la regulación del contrato a las características del colectivo.

⁹⁵² Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., pág. 142.

⁹⁵³ Véase PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad*, op. cit., pág. 408. De hecho, ESTEBAN LEGARRETA, R., "Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos en favor del empleo de las personas con discapacidad", op. cit., pág. 124 constata que se trata de una norma incluso más completa en este ámbito que la normativa posterior.

⁹⁵⁴ En este sentido, el preámbulo de la norma es especialmente claro. Señala específicamente que: "La incorporación de los minusválidos al trabajo constituye un importante objetivo en la política social por cuanto a la par que recobran de su valor al servicio de la comunidad y contribuyen a la dignificación personal, acrece

Para ello, el Decreto 2531/1970 propuso una definición de persona con discapacidad y nuevas medidas de integración laboral de este colectivo, que vienen a complementar los escasos mecanismos existentes hasta la fecha.

En este punto, especial comentario merece el concepto de persona con discapacidad establecido en el artículo 1 del Decreto 2531/1970. Se trata de la primera ocasión en la que el legislador lo caracteriza como tal, aunque debe advertirse que su definición se enmarca en una norma de carácter laboral, con las limitaciones que ello implica. Sin embargo, este decreto inició un tratamiento general del término “discapacidad”, tal y como ya ha señalado la doctrina más autorizada⁹⁵⁵, y ello supuso un avance sin precedentes en la construcción española del concepto “persona con discapacidad”. En este sentido, el artículo 1.1 del Decreto 2531/1970 sostiene que se considerarán personas con discapacidad aquellas “[...] en edad laboral que afectadas por una disminución de su capacidad física o psíquica en el grado que reglamentariamente se determine, sin que en ningún caso pueda ser inferior al treinta y tres por ciento, que les impida obtener o conservar un empleo adecuado, precisamente a causa de su limitada capacidad laboral”. Como puede observarse, la norma diseñó un concepto que situó la posibilidad de desempeñar un trabajo como centro sobre el que pivotaba la calificación, lo que fue catalogado en su momento como una novedad de cierta entidad.

Estructuralmente, el Decreto 2531/1970 se componía de un total de veintitrés artículos, que incluyeron la creación de un censo de *minusválidos* (artículo 2), la instrumentación de medidas de rehabilitación, formación y empleo (artículos 4 a 15), incentivos a empresas por la contratación de trabajadores con discapacidad (artículo 16) o el fomento de la creación de centros especiales de empleo (artículo 17), entre otras cuestiones. Como puede apreciarse, el legislador prestó una atención exhaustiva a todos los aspectos relacionados con la inserción sociolaboral de este colectivo, estableciendo así medidas pioneras en el empleo de las personas discapacidad. En este sentido, encontramos la creación de la que

el potencial humano, que constituye factor principal y básico en todo proceso de desarrollo económico y social.”

⁹⁵⁵ Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., pág. 46.

ha sido la medida de acción positiva más importante en relación con el empleo de este colectivo hasta la fecha: la cuota de reserva de empleo.

Bajo la denominación “empleo protegido”, el artículo 11 del Decreto 2531/1970 contempló la obligación de reservar un dos por ciento de los puestos de trabajos en empresas de más de cincuenta trabajadores a trabajadores con discapacidad, contratándolos de entre aquellos que se hallen inscritos como tales en el correspondiente censo de trabajadores con discapacidad de las oficinas de colocación. Ahora bien, la configuración normativa de esta medida de acción positiva ostentaba una serie de peculiaridades que redujeron su eficacia, como por ejemplo la clasificación por ramas de actividad y categorías profesionales, a realizar por el Ministerio de Trabajo, de los empleos y puestos de trabajo a reservar (artículo 10) o el condicionamiento del cumplimiento de la obligación a medida que se produjeran vacantes por causas “naturales o biológicas” (artículo 11.2). Tales circunstancias normativas, sumadas a la posibilidad de reducir o incluso anular el porcentaje señalado cuando así lo impusieran las exigencias ineludibles del proceso laboral o la especial peligrosidad, toxicidad o penosidad del lugar de trabajo (artículo 11.3), debilitaban en abstracto la eficacia y aplicación de este mecanismo.

A modo de cierre, el Decreto 2531/1970 simbolizó una gran apuesta normativa por regular el empleo de las personas con discapacidad. Sin embargo, su ejecución se vio obstaculizada por la crisis de empleo que España padeció durante los años 1977-1981⁹⁵⁶, que impidió aplicar novedosas medidas propuestas por el Decreto 2531/1970, como por ejemplo la cuota de reserva de empleo⁹⁵⁷.

⁹⁵⁶ Así lo señala *Ibid.*, pág. 144, que cita a TOHARIA, L. ET AL, “Empleo y paro en España, 1976-1990”, en PRIETO RODRÍGUEZ, C. (Coord.), *Las relaciones laborales en España*, Siglo XXI de España Editores, 1995, pág. 44.

⁹⁵⁷ En este sentido, véase OJEDA-AVILÉS, A., “El procedimiento de colocación, revisado”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 14, 1983, pág. 226, tal y como señala ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, *op. cit.*, pág. 144.

C) La constitucionalización del empleo de las personas con discapacidad: El artículo 49 de la CE

Tras unos años de vigencia del Decreto 2531/1970, el legislador consideró ir un paso más allá en la integración laboral de las personas con discapacidad. El fomento del empleo de este colectivo necesitaba un mayor nivel de protección⁹⁵⁸, y la manifestación más clara de esta preocupación se materializó con la inclusión del artículo 49 de la CE⁹⁵⁹. Este precepto apareció como el fundamento jurídico constitucional, inexistente hasta la fecha en nuestro país, de la política española de integración laboral de las personas con discapacidad⁹⁶⁰, convirtiendo así a España en un país pionero, junto a Portugal, en el tratamiento constitucional de la discapacidad⁹⁶¹.

Concretamente, el artículo 49 de la CE constituyó un mandato integral de adopción de medidas específicas dirigidas *a superar la desventaja fáctica en la que se encuentran las personas con discapacidad en sociedad, compensando la desigualdad de oportunidades y posibilidades*⁹⁶². A través de un precepto que concentra sus esfuerzos en favor de este colectivo⁹⁶³, se obligó a los poderes públicos a *realizar una política de [...] integración de los disminuidos físicos,*

⁹⁵⁸ Sobre esta cuestión, DE LORENZO GARCÍA, R., "Los contornos del Derecho de la Discapacidad", *op. cit.* pág. 94 señala que el texto constitucional deseó que determinados sectores de la sociedad española se vieran protagonistas directos de la Constitución, y a la vez, se pretendió expresar el modelo de sociedad democráticamente avanzada y de Estado de Derecho que garantizara un orden económico y social justo del que habla el preámbulo constitucional.

⁹⁵⁹ *Vid.* DE LA VILLA, E.; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *Derecho al trabajo de las personas con minusvalía*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1991, pág. 8.

⁹⁶⁰ Nos encontramos ante una transformación del concepto de empleo de personas con discapacidad que obedece a la voluntad de conceptualizarlo como el ejercicio de un derecho constitucional que los poderes públicos han de facilitar, y no como una prestación social, tal y como ha sostenido RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "El empleo de las personas con minusvalía", *op. cit.*, pág. 2 (versión electrónica).

⁹⁶¹ *Vid.* DE LORENZO GARCÍA, R., "Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado", en DE LORENZO GARCÍA, R. (DIR.) y CAYO PÉREZ BUENO, L. (Dir.), *Tratado sobre discapacidad*, 2007, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 512 y 536-550 y RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M., "Un nuevo paso en la protección jurídica de las personas con discapacidad", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2, 2008, pág. 1 (versión electrónica).

⁹⁶² *Vid.* NUÑEZ GONZÁLEZ, C., *La integración laboral de las personas con discapacidad*, *op. cit.*, pág. 40.

En este mismo sentido, véase también AZNAR LÓPEZ, M.; NIÑO RAEZ, E.; SAINZ DE ROBLES, F. C.; AZÚA BERRA, P., *Integración social de los minusválidos: comentarios a la ley 13/1982, de 7 de abril*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1982, pág. 24.

⁹⁶³ A propósito de la monopolización del artículo 49 de la CE por este colectivo, DE LORENZO, R.; PALACIOS, A., "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional", en LAORDEN, J (DIR.) y TERREROS, J.L. (Coord.), *Los Derechos de las personas con discapacidad*, vol. 1, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 71, indican que "la separación operada por el artículo 49 respecto a las personas con discapacidad no puede ser interpretada sino como un deseo de singularizar, política y jurídicamente, una acción de protección social que normalmente se venía llevando a cabo precisamente en los marcos de una política sanitaria general y dentro de los mecanismos clásicos de la Seguridad Social."

sensoriales y psíquicos [...]. El texto constitucional abrió así una nueva etapa histórica⁹⁶⁴, en la que expandió la igualdad sustancial predicada en el artículo 9.2 de la CE al empleo de las personas con discapacidad⁹⁶⁵, a fin de garantizar, entre otros⁹⁶⁶, el derecho al trabajo del artículo 35.1 de la CE a este colectivo. De esta manera, se convirtió en *una imposición específica del principio constitucional de igualdad que se ha venido articulando a través de un catálogo muy amplio y variado de medidas de fomento y estímulo*⁹⁶⁷, aunque debe destacarse el marcado carácter asistencial de su configuración⁹⁶⁸.

La adopción constitucional del término “integración” suscitó un interesante debate en torno a si el fomento del empleo de este colectivo en sede constitucional se refiere al trabajo ordinario o protegido. La ambigüedad con la que el legislador constitucional se expresa en el marco del artículo 49 de la CE ha llevado a sostener a distintos autores que la doble dimensión del empleo de las personas con discapacidad, esto es ordinaria y protegida, están implícitas en el mandato constitucional⁹⁶⁹. A mi juicio, este debate, además, debe ser complementado con una lectura amplia respecto al artículo 35 de la CE, cuya expresión “todos los españoles” ostenta una vocación expansiva que obliga a incluir ambas modalidades de trabajo en la interpretación del artículo 49 de la CE

⁹⁶⁴ Tal y como señala TUSET DEL PINO, P., *La contratación de trabajadores minusválidos*, op. cit., pág. 34, “[...] se abre una etapa de intenso desarrollo constitucional mediante el impulso en la realización de políticas activas para el conjunto de las personas discapacitadas [...]”.

⁹⁶⁵ Vid. LAHERA FORTEZA, J., “Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados”, en VALDÉS DAL-RE, F., *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pág. 93 que señala, además, la importancia de este mandato a efectos de habilitar la presencia de discriminaciones positivas en favor de este colectivo para lograr dicha finalidad.

En este mismo sentido, véase también DE LORENZO GARCÍA, R., “Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado”, op. cit., pág. 515 y MARTINEZ-PUJALTE, A.L., *Derechos fundamentales y discapacidad*, Editorial Cinca, Madrid, 2015, pág. 23-30.

⁹⁶⁶ En efecto, el alcance del artículo 49 de la CE incluye una visión integral que alcanza a la previsión, el tratamiento, la rehabilitación y la integración de las personas con discapacidad, tal y como ha señalado DE LORENZO GARCÍA, R., “Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado”, op. cit., pág. 515.

⁹⁶⁷ Véase RUIZ CASTILLO, M. M., *Igualdad y no discriminación: la proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Bomarzo, Albacete, 2010, pág. 85.

⁹⁶⁸ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “El empleo de las personas con minusvalía”, op. cit., pág. 5 (versión electrónica), que critica la apuesta por un modelo paternalista y la lejanía respecto a tendencias antidiscriminatorias incipientes, en aquel momento, a nivel europeo.

⁹⁶⁹ Véase SEMPERE NAVARRO, A.V., “El trabajo de los minusválidos: Problemas de su regulación”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, 91, 1998, pág. 57; TUSET DEL PINO, P., *La contratación de trabajadores minusválidos*, op. cit., y LAHERA FORTEZA, J., *Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados*, op. cit. pág. 94.

A propósito de esta distinción, GARRIDO PÉREZ, E., “El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial”, en ROMERO RODENAS, J. (Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, Albacete, 2003, pág. 27-58 señala que la diferenciación entre empleo ordinario y protegido es fruto de la estrategia o visión de la discapacidad desde el plano de la readaptación más que de la integración.

Sin embargo, el artículo 49 de la CE planteó un problema clave de eficacia, ya no sólo por su alineación con el paradigma médico de tratamiento⁹⁷⁰, sino debido a su ubicación en el texto constitucional. En efecto, su exclusión del Capítulo II, caracterizada como voluntarista por la doctrina⁹⁷¹, convirtió a este mandato constitucional en una mera guía interpretativa ex artículo 53.3 de la CE, que “[...] *informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.*”. Es cierto que la protección constitucional de los derechos de las personas con discapacidad no se limita única y exclusivamente al contenido del artículo 49 de la CE, lo que ha llevado a algún autor a sostener su voluntad reforzadora en el marco de la actuación de los poderes públicos⁹⁷², pero la colocación de un mandato clave para la inserción laboral de este colectivo como es el artículo 49 de la CE separada del Capítulo II CE simbolizó una apuesta poco inclusiva, o limitada⁹⁷³, desde un punto de vista práctico.

Así pues, nos encontramos ante un principio rector de eficacia limitada, aunque con aspiraciones normalizadoras. El legislador constitucional mostró una inclinación por establecer un fundamento constitucional que significase un cambio radical respecto al planteamiento adoptado hasta la fecha en materia de inclusión laboral de las personas con discapacidad⁹⁷⁴. Situó a los poderes públicos como garantes de los derechos de este colectivo y les obliga a adoptar políticas integradoras, hecho este que ha sido interpretado por algunos sectores de la doctrina científica como una declaración de intenciones a propósito de la

⁹⁷⁰ Vid. MARTINEZ-PUJALTE, A.L., *Derechos fundamentales y discapacidad*, op. cit., pág. 17.

⁹⁷¹ Vid. DE LORENZO GARCÍA, R., “Los contornos del Derecho de la Discapacidad”, op. cit., pág. 94.

⁹⁷² Así lo señala PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad*, op. cit., pág. 150.

⁹⁷³ Vid. DE LA VILLA, E.; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *Derecho al trabajo de las personas con minusvalía*, op.cit., pág. 11 *in fine*.

⁹⁷⁴ En este sentido, véase GARCÍA QUIÑONES, J.C., “El concepto jurídico laboral de discapacitado”, op. cit., que señala “[...] la escasa sensibilidad constitucional mostrada para con los discapacitados [...]”, de tal forma que “[...] ninguno de nuestros textos constitucionales anteriores, con la excepción de la Constitución de 1978, contiene una mención expresa de los derechos de los discapacitados [...]”.

implementación de medidas de acción positiva⁹⁷⁵, e incluso como manifestación embrionaria del modelo social⁹⁷⁶.

5.1.2. El tratamiento laboral de la discapacidad tras la aprobación de la Constitución

A) La Ley 13/1982, de 13 de abril, de integración social de los *minusválidos*

Tras la aprobación de la CE, el legislador continuó la senda iniciada por el artículo 49 del texto constitucional y aprobó el Real Decreto 1327/1981 de 19 de junio sobre programas de empleo para trabajadores *minusválidos*. Se trata de una norma que reguló una serie de incentivos, consistentes en subvenciones y bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social para la contratación y el mantenimiento del empleo ordinario de personas con discapacidad, atendiendo para ello a la difícil situación que sufría este colectivo. No obstante, sorprende que el citado Real Decreto contemplase la derogación del Decreto 2531/1970, y no incluyese a su vez la regulación de la reserva de cuota de puestos de trabajo, dado que esta circunstancia eliminó temporalmente la aplicación de esta medida de acción positiva⁹⁷⁷.

Sin embargo, no pasó mucho tiempo hasta que se dictase la norma que marcó un antes y un después en esta materia: la LISMI. La LISMI no fue la única norma que la doctrina ha considerado de importancia destacada⁹⁷⁸, pero a los efectos

⁹⁷⁵ Vid. DE ASIS ROIG, R.; CAMPOY CERVERA, I.; BENGOCHEA GIL, M.A., "Derecho a la igualdad y a la diferencia: análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva", en DE LORENZO GARCIA, R. y PÉREZ BUENO, L.C., *Tratado sobre discapacidad*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2007, págs. 119-132.

En sentido contrario, véase RUIZ CASTILLO, M. M., *Igualdad y no discriminación*, op. cit., pág. 86, que sostiene el carácter sobrevalorado de las medidas de acción positiva al no cubrir todos los grados de discapacidad.

⁹⁷⁶ Véase QUINTANILLA NAVARRO, B., "Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad", en VALDÉS DAL-RE, F., *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pág. 222, que señala que en el artículo 49 de la CE se pueden entrever los dos modelos de tratamiento de la discapacidad, "[...] por un lado aquella concepción individualista que se apoyaba en una calificación médico-sanitaria, y por otro, la concepción social que pone el énfasis en la responsabilidad social sobre los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad y la libertad reales [...]".

⁹⁷⁷ Vid. PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad*, op. cit. pág. 370.

⁹⁷⁸ Así, por ejemplo, *Ibid.*, pág. 152-153 y GARCÍA QUIÑONES, J.C., "El concepto jurídico laboral de discapacitado", op. cit., pág. 70 y 71, consideran que la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 14 de marzo) desempeñó un papel relevante en el desarrollo legislativo de los artículos 35 y 49 CE

temáticos del presente estudio las aportaciones más significativas provienen de la LISMI.

La LISMI nació con la pretensión de desarrollar normativamente el artículo 49 de la CE⁹⁷⁹, y se convirtió en la norma de referencia en materia de integración de las personas con discapacidad, *agrupando las distintas medidas en razón de una circunstancia subjetiva del beneficiario y no por su naturaleza*⁹⁸⁰. Conviene dejar claro en este punto que no se trata de una norma que plasmó la creación o regulación de derechos para este colectivo, sino más bien la previsión de una serie de instituciones y su funcionamiento, y de ahí que pueda calificarse de una norma excesivamente paternalista⁹⁸¹. Su estructura, que abordó distintas esferas sociales de integración de las personas con discapacidad, es una buena muestra de tal pretensión.

De esta manera, una de las características que convirtieron a la LISMI en una norma pionera en materia de discapacidad no fue sólo su novedad en un terreno normativo disperso sin normas de referencia⁹⁸², o su carácter paccionado⁹⁸³, sino la voluntad de integrar la regulación de distintos aspectos⁹⁸⁴, que era uno de sus

⁹⁷⁹ Vid. AZNAR LÓPEZ, M. ET AL, *Integración social de los minusválidos*, op. cit., pág. 24; DE LORENZO, R. Y PALACIOS, A., "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional", op. cit., pág. 76; NUÑEZ GONZÁLEZ, C., *La integración laboral de las personas con discapacidad*, op. cit., pág. 37; TUSET DEL PINO, P., *La contratación de trabajadores minusválidos*, op. cit., pág. 91 in fine y ESTEBAN LEGARRETA, R., "Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos en favor del empleo de las personas con discapacidad", op. cit., pág. 126.

⁹⁸⁰ Así lo constata GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación.", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 7, 1986, pág. 52, que señala, a su vez, que la pretensión globalizadora de la LISMI es la manifestación del compromiso asumido por los poderes públicos ex artículo 49 de la CE. En este mismo sentido, véase también RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V., "Las políticas de empleo orientadas a personas con discapacidad: ¿Evolución o retroceso?", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, vol. 101, 2012, pág. 78.

⁹⁸¹ En esta misma línea, DE LORENZO, R.; PALACIOS, A., "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional", op. cit., pág. 76 constatan el marcado carácter prestacional de la LISMI, que persigue "[...] la facilitación de medios e instrumentos a personas con discapacidad para hacer frente a las dificultades derivadas de la discapacidad."

⁹⁸² Vid. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V., "Las políticas de empleo orientadas a personas con discapacidad: ¿Evolución o retroceso?", op. cit., pág. 77.

⁹⁸³ A diferencia de otras normas sobre discapacidad, la LISMI fue un modelo de consenso político, ya que surgió de una iniciativa en sede parlamentaria impulsada por Ramón Trías Fargas, y como tal, las entidades representativas del sector pudieron participar realizando propuestas en su articulado.

Para un examen a propósito del proceso de gestación de la LISMI, véase AZÚA BERRA, P., "El desarrollo de la LISMI, 25 años después.", en V.V.A.A., *Congreso nacional de empleo y discapacidad*, AFEM, Madrid, 2007, págs. 49-53.

⁹⁸⁴ Así lo señala GARCÍA QUIÑONES, J.C., "El concepto jurídico laboral de discapacitado", op. cit., pág. 71, que sostiene que una de las virtudes de la LISMI fue "[...] refundir en un solo texto la normativa existente, con los efectos positivos que ello conlleva en relación con la unidad de criterio y la cohesión respectiva en los distintos campos de actuación sobre los que se proyecta."

En este mismo sentido, véase también TUSET DEL PINO, P., *Trabajadores con discapacidad. La prestación de servicios de ajustes personales y sociales*, Difusión jurídica, Madrid, 2010, pág. 21 que señala que la LISMI

objetivos principales⁹⁸⁵, a fin y efecto de lograr un texto legal que facilitase una integración plena y efectiva de este colectivo. Bajo este planteamiento, la LISMI pareció asumir un enfoque muy próximo al modelo social de tratamiento de la discapacidad, pero la definición de discapacidad que ofreció y su contenido, como veremos a continuación, alejan al texto de este modelo de tratamiento, pudiendo afirmarse pues una mayor proximidad al modelo rehabilitador⁹⁸⁶. Sin embargo, se ha de destacar la clara voluntad de aproximarse, por primera vez, al paradigma social, especialmente si tenemos en cuenta el escenario normativo internacional que imperaba en ese momento⁹⁸⁷.

Estructuralmente, la LISMI se componía de un total de diez títulos, que integran un total de sesenta y seis artículos⁹⁸⁸. Como se ha señalado, el legislador efectuó una regulación parcelada, a fin de lograr una integración plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad⁹⁸⁹. Así pues, el diagnóstico y valoración de la discapacidad, el sistema de prestaciones sociales y económicas, la rehabilitación, la educación o la integración laboral, entre otros, son algunos de los ámbitos en los que el legislador quiso prestar especial atención. La cuestión es que la integración laboral se basa en la recuperación profesional para incorporar a este colectivo al mercado de trabajo⁹⁹⁰, ya sea ordinario o protegido, y este aspecto originó ciertas contradicciones con la plena inclusión en la sociedad, ya que se mantuvo el paradigma médico de tratamiento de la discapacidad.

va a suponer refundir en un solo texto la dispersa normativa existente, dándole unidad de criterio y de cohesión en los distintos campos de actuación sobre los que se proyecta.

⁹⁸⁵ Así lo señala AZÚA BERRA, P., "El desarrollo de la LISMI, 25 años después.", *op. cit.*, pág. 50 y MORAL ORTEGA, O., "La normalización laboral de las personas con discapacidad", en ITURRI GÁRATE, J.C., *La protección jurídica civil, penal, administrativa y social de la persona con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 79.

⁹⁸⁶ *Vid.* PALACIOS RIZZO, A.; PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.), "La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española", *op. cit.*, pág. 149, que señala que esta circunstancia se halla vinculada al momento en el que nació la norma.

⁹⁸⁷ En el año 1982, el estándar normativo sobre el tratamiento de la discapacidad a nivel internacional era la CIDDM, cuya característica principal fue su aproximación a la discapacidad desde la perspectiva médica, bajo el pretexto de curar a las personas con discapacidad, y con un enfoque claramente negativo de las capacidades de este colectivo, tal y como se detalló en profundidad en el apartado 2.2.1 de este estudio.

Así, queda patente el carácter vanguardista de la LISMI, manifestado en la introducción de medidas inclusivas de tratamiento de la discapacidad, que hizo un esfuerzo por acercarse al modelo social cuando la tendencia que imperaba era la del modelo médico y de rehabilitación. En este sentido, véase *Ibid.*, pág. 149.

⁹⁸⁸ Para un examen en profundidad de la LISMI y el contenido de cada uno de sus artículos, véase AZNAR LÓPEZ, M. ET AL, *Integración social de los minusválidos*, *op. cit.*

⁹⁸⁹ Tal y como apunta ESTEBAN LEGARRETA, R., "Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos en favor del empleo de las personas con discapacidad", *op. cit.*, pág. 127-128, el legislador introduce una intervención en distintos ámbitos en aras de apostar por la normalización de este colectivo.

⁹⁹⁰ Véase artículos 32 a 36 de la LISMI.

Una novedad que merece especial atención fue la regulación legal del concepto de persona con discapacidad. El artículo 7.1 de la LISMI lo definió como aquella 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*. Como puede observarse, esta caracterización se aproximaba tímidamente al modelo social de tratamiento de la discapacidad, ya que introdujo la afectación a las posibilidades de integración educativa, laboral o social como elemento central, evitando así referencias excesivamente restrictivas⁹⁹¹, o a deficiencias congénitas o sobrevenidas⁹⁹², pudiendo afirmarse incluso que se incardinan estas últimas dentro de tal definición⁹⁹³.

No obstante, su configuración fue insuficiente, especialmente si tenemos en cuenta las pretensiones de la LISMI⁹⁹⁴. Una definición sólida del concepto de persona con discapacidad es una cuestión de importancia capital, ya que afecta directamente a la exigencia de las medidas normativas propuestas⁹⁹⁵. Y es en este punto donde se detecta que la ausencia de una definición precisa en la LISMI comprometió la eficacia de algunas de sus medidas propuestas⁹⁹⁶. En efecto, la imprecisión de la expresión “disminución de las posibilidades de integración educativa, laboral o social” es especialmente inapropiada, ya que originó la creación de un concepto extremadamente amplio que dificultaba la identificación de las personas titulares de los derechos que la LISMI instrumentaba. En este

⁹⁹¹ Véase GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Las medidas de protección de los minusválidos”, *op. cit.*, pág. 53 *in fine*.

⁹⁹² *Vid.* ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, *op. cit.*, pág. 47.

⁹⁹³ Así lo indica *Ibid.* pág. 47-48, que cita a ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 348.

⁹⁹⁴ Tal y como señala ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Invalidez permanente y Seguridad Social*, *op. cit.*, pág. 161 “[...] la LISMI introdujo una definición claramente insuficiente para una norma que pretendía erigirse, de facto, en un tratado normativo sobre discapacidad”.

Asimismo, RUIZ CASTILLO, M. M., *Igualdad y no discriminación*, *op. cit.*, pág. 84 que pone de manifiesto la ausencia de eficacia de la LISMI debido, por parte, a la ausencia de distribución competencial entre el Estado y las C.C.A.A. Para un análisis en profundidad sobre esta cuestión, véase TUSET DEL PINO, P., *La contratación de trabajadores minusválidos*, *op. cit.*, págs. 102-107.

⁹⁹⁵ Tal y como señala PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad*, *op. cit.*, pág. 155-156 la cuota de reserva de empleo sufrió especialmente tales efectos, ya que la falta de claridad impedía determinar con seguridad qué personas podían incluirse a efectos de dar por cumplida la reserva de cuota. Asimismo, el autor señala también la omisión de la LISMI en relación con el modo en que debiera apreciarse el impacto de la deficiencia en las posibilidades de integración.

⁹⁹⁶ Tal y como señala *Ibid.*, pág. 155-156 la cuota de reserva de empleo sufrió especialmente tales efectos, ya que la falta de claridad impedía determinar con seguridad qué personas podían incluirse a efectos de dar por cumplida la reserva de cuota. Asimismo, el autor señala también la omisión de la LISMI en relación con el modo en que debiera apreciarse el impacto de la deficiencia en las posibilidades de integración.

sentido, hubiere sido conveniente la clarificación de esta expresión, tal y como sugieren algunos autores⁹⁹⁷.

A propósito de la integración laboral, el título VII de la LISMI se encargó de plasmar las líneas maestras de las políticas de empleo a llevar a cabo por los poderes públicos. En este sentido, el enfoque legal asumido fue especialmente integrador, ya que el artículo 37 de la LISMI distinguió por primera vez entre el empleo ordinario y protegido⁹⁹⁸, y priorizó la integración laboral de las personas con discapacidad en el medio ordinario, otorgando así un papel residual a la prestación de servicios de este colectivo en centros especiales de empleo⁹⁹⁹. La prestación de servicios en centros especiales de empleo se reservó a aquellas personas que *por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales*¹⁰⁰⁰. De esta manera, el medio ordinario de trabajo se instituyó como la modalidad de prestación de servicios por defecto, relegando a un segundo plano, dado su carácter segregador, el empleo en centros especiales. En otras palabras, el principio de preferencia por el empleo ordinario situó al empleo protegido como una pasarela a la prestación de servicios en el medio ordinario de trabajo. Este planteamiento fue claramente tributario del paradigma social de tratamiento de la discapacidad, y supuso una gran aportación para el empleo de este colectivo, que ha perdurado a lo largo de los años hasta la aprobación de la LGDPCD¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁷ Véase *Ibid.* pág. 154-155, que sostiene como solución la inclusión de la expresión “afectación significativa”, sugiriendo así “[...] una simple habilitación para que tal circunstancia se hubiera producido con escrupuloso respeto al principio de jerarquía normativa”.

⁹⁹⁸ Vid. TUSET DEL PINO, P., *La contratación de trabajadores minusválidos*, *op. cit.*, pág. 96.

⁹⁹⁹ Conviene dejar apuntado en este punto que algunos autores, como por ejemplo MORA GONZÁLEZ, V.; CABRA DE LUNA, M.A., “Hacia una nueva regulación del trabajo de las personas con discapacidad”, *Anales de derecho y discapacidad*, 1, 2016, pág. 72 que se han mostrado reticentes a esta preferencia y han señalado que esta distinción es abrupta.

¹⁰⁰⁰ Véase artículo 41 de la LISMI.

¹⁰⁰¹ El artículo 37.1 de la LGDPCD ha suprimido el principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo. Tal sorprendente modificación normativa ha sido duramente criticada por los sectores más autorizados de la doctrina, señalando ESTEBAN LEGARRETA, R., “Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 127, 2014, pág. 70-71, que nos encontramos ante un “[...] golpe de autoridad sobre el Consejo de Ministros por una parte del sector de la discapacidad; sobre todo de los grupos más favorables a una expansión generalizada del empleo protegido.” En el mismo sentido, véase también PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad*, *op. cit.*, pág. 158, que señala la posible inconstitucionalidad derivada de la incorrecta utilización del real decreto legislativo, por exceder los límites establecidos en el artículo 82 CE

Sin embargo, la medida estrella fue la regulación normativa de medidas de acción positiva y no discriminatorias, y especialmente la recuperación de la cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad¹⁰⁰², que ha sido el mecanismo de acción positiva directa para el empleo de este colectivo más extendido en España. El artículo 38.1 de la LISMI contempló la obligación de contratar un número de trabajadores con discapacidad no inferior al dos por ciento de la plantilla en aquellas empresas cuya plantilla exceda de cincuenta personas. En el marco de su caracterización, se aprecia una clara evolución de la reserva de cuota con respecto a su regulación anterior, contenida en el Decreto 2531/1970. Buena muestra de ello es la formulación simple e incondicionada, gracias a dos factores claves: la supresión de la exigencia de vincular la contratación de este colectivo a la existencia de vacantes y la imposibilidad de sustituir su cumplimiento por contribuciones compensatorias. De esta manera, la configuración normativa de la reserva de empleo española se situó, sobre el papel, en la vanguardia de los países europeos en materia de cuotas de reservas de empleo puras¹⁰⁰³, aunque su cumplimiento no acompañó a su modernidad¹⁰⁰⁴.

La adaptación del puesto de trabajo también apareció como una medida de fomento de la integración laboral en la LISMI, que, si bien fue desplazada por otros elementos, simbolizó la introducción de la accesibilidad en el empleo. El artículo 38.4 de la LISMI incluía un mandato de integración laboral de este colectivo mediante el establecimiento de ayudas con distintas finalidades¹⁰⁰⁵. Es aquí donde la adaptación del puesto de trabajo hace un primer acto de presencia en la normativa española, aunque su importancia pasa prácticamente desapercibida para el legislador, debido básicamente a su falta de

¹⁰⁰² Esta medida de acción positiva directa se introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico español mediante el artículo 11 del Decreto 2531/1970, pero la aprobación del Real Decreto 1327/1981 de 19 de junio, sobre programa de empleo para trabajadores *minusválidos*, derogó *de facto* el Decreto 2531/1970. Ello supuso que durante el periodo que transcurrió entre la entrada en vigor del Real Decreto 1327/1981 de 19 de junio, sobre programa de empleo para trabajadores *minusválidos* y de la LISMI, la reserva de cuota no era exigible en nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁰⁰³ Así lo indica PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad*, *op. cit.*, pág. 370-371.

¹⁰⁰⁴ En efecto, el cumplimiento de la reserva de cuota fue muy reducido, debido principalmente a la escasa acción administrativa para aplicar las sanciones por su incumplimiento, tal y como señala *Ibid.* pág. 371-372. De hecho, ESTEBAN LEGARRETA, R., "La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997- 2000)", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 2001, pág. 44, señala que la ausencia de un desarrollo reglamentario es la principal causa de su incumplimiento.

¹⁰⁰⁵ Se incluían, por ejemplo, subvenciones o préstamos para la eliminación de barreras arquitectónicas que dificulten la movilidad y acceso a los centros de trabajo o incentivos para el fomento del empleo autónomo, con especial énfasis en la promoción de Cooperativas, entre otros.

caracterización. El legislador no apostó por los ajustes como mecanismo de integración laboral, y los contempló como una medida complementaria que permitiría la solicitud de una subvención al empresario. Esta subvención no se desarrolló en el marco de la LISMI, y no se efectuará hasta la aprobación del RD 1451/1983. Como puede observarse, la inserción laboral de las personas con discapacidad pivotaba exclusivamente sobre la cuota de reserva de empleo y la previsión de incentivos, sin prestar especial importancia a otras medidas complementarias como puede ser la adaptación del puesto de trabajo. Ello es consecuencia directa de la perspectiva que asumió la LISMI, centrada en la adaptación de la persona al medio laboral¹⁰⁰⁶.

B) El Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores *minusválidos*

Tras la LISMI, de innegable vocación general sobre los aspectos sociales del tratamiento de la discapacidad, la normativa española se ha caracterizado por una regulación transversal en esta materia, tal y como ha señalado la doctrina científica¹⁰⁰⁷.

Así pues, las normas que se han aprobado desde la LISMI hasta la siguiente norma de referencia, que sería la LIONDAU, se han caracterizado por su encaje parcelado en ámbitos muy específicos. Claros ejemplos de esta tendencia son: a) el RD 1451/1983, que contempla el desarrollo reglamentario de la LISMI en materia de incentivos y empleo selectivo; b) el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los *minusválidos* y la Orden de 8 de marzo de 1984 por la que se establece el baremo para la determinación del grado de minusvalía y la valoración de diferentes situaciones exigidas para tener derecho a las prestaciones y

¹⁰⁰⁶ Vid. MORA GONZÁLEZ, V.; CABRA DE LUNA, M.A., "Hacia una nueva regulación del trabajo de las personas con discapacidad", *op. cit.* pág. 74.

¹⁰⁰⁷ Vid. PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad*, *op. cit.*, pág. 160 y LAHERA FORTEZA, J., *Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados*, *op. cit.*, pág. 94, entre otros.

subsidios previstos en el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, que se encuadran específicamente en el ámbito prestacional de la Seguridad Social; c) el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los *minusválidos* que trabajen en los Centros Especiales de Empleo, que se encarga de regular aspectos sobre el empleo protegido de este colectivo; entre otros.

Sin embargo, especial consideración merece el RD 1451/1983 por la inclusión de un incentivo de interés para el presente estudio: la subvención destinada a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de equipos de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales al trabajador *minusválido* contratado o para eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de los trabajadores *minusválidos* (artículo 12).

De forma preliminar, esta norma viene a continuar el camino iniciado por la LISMI, que apostó por la integración laboral de las personas con discapacidad a través del empleo ordinario, y, por lo tanto, simbolizó el cumplimiento del mandato legislativo que contiene el artículo 40 de la LISMI¹⁰⁰⁸. La *voluntas legislatoris* va más allá del mero desarrollo reglamentario, y se pretendió utilizar el RD 1451/1983 para unificar en una sola norma las medidas de fomento del empleo de las personas con discapacidad¹⁰⁰⁹. Sin embargo, su contenido mostró una cierta inclinación por la previsión de incentivos, que se constituyó desde ese momento como uno de los recursos más utilizados para favorecer la inclusión de este colectivo en el empleo ordinario¹⁰¹⁰.

Sin ánimo de entrar a analizar en profundidad la configuración de la subvención prevista en el artículo 12 del RD 1451/1983, dado que se analizará en profundidad

¹⁰⁰⁸ Este precepto estableció un plazo de seis meses para aprobar las normas de desarrollo sobre el empleo selectivo.

¹⁰⁰⁹ En este sentido, el tercer párrafo del preámbulo señala: “Pues bien, favorecer la incorporación de los *minusválidos*, tanto *originarios* como *sobrevenidos*, a puestos de trabajo en la Empresa ordinaria es lo que se persigue con las medidas que se contemplan en el presente Real Decreto que se dicta tanto para dar cumplimiento al mandato legislativo que se contiene en el artículo 40 de la Ley de Integración Social de los *Minusválidos* respecto del empleo selectivo, cuanto para introducir determinadas modificaciones en las medidas de fomento del empleo de los *minusválidos* que hasta ahora venían rigiendo y al propio tiempo, aprovechando estas circunstancias, para proceder a la unificación de ambos tipos de medidas en una sola disposición.”

¹⁰¹⁰ Para examinar la evolución de los incentivos del empleo de las personas con discapacidad, véase ESTEBAN LEGARRETA, R.; GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo.”, *op. cit.*, págs. 7-32.

en un momento posterior de este estudio¹⁰¹¹, conviene indicar que se trata de una ayuda destinada a la adaptación de puestos de trabajo, la dotación de equipos de protección personal o la eliminación de barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de las personas con discapacidad. Su cuantía no se reguló, de forma inexplicable, en el momento de su creación, y, de hecho, se demoró hasta la aprobación de la Orden de 13 de abril de 1994 por la que se regula la concesión de las ayudas y subvenciones sobre fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad que establece el capítulo II del RD 1451/1983. La mencionada orden contempla en su artículo 1.2 una cuantía variable, que dependerá del coste asumido por el empresario, y que en cualquier caso será de un máximo de 901,52.- euros¹⁰¹².

La regulación de esta subvención evidenció una política de actuación que no prestó especial atención a la normalización del empleo de este colectivo en el ámbito ordinario. Es cierto que la LISMI simbolizó una gran apuesta por la integración laboral, pero las distintas medidas previstas partían todas del propósito de crear empleo, omitiendo su mantenimiento. El legislador mostró aquí un afán de acrecentar las estadísticas relativas al empleo de las personas con discapacidad, sin asegurar la continuidad de la prestación de servicios de este colectivo, que en ocasiones hubiere requerido de una cierta flexibilidad en la regulación de las condiciones de trabajo. Una clara muestra de ello puede observarse en la pobre regulación de esta subvención. En efecto, la subvención para la adaptación del puesto de trabajo, entre otras finalidades, era una oportunidad perfecta para normalizar el empleo de las personas con discapacidad en el ámbito ordinario, ya que ofrecía a las empresas el pago de una cantidad desembolsada en concepto de adaptaciones o ajustes personales. Su creación parecía iniciar un planteamiento normativo más inclusivo, que se aproximaba razonablemente al modelo social. Sin embargo, la dilación a la hora de regular la cuantía, y la pobre configuración normativa de este incentivo, redujeron los efectos de la que podía haber sido una introducción o antesala a la obligación europea de realizar ajustes razonables. Las consecuencias de esta dejadez

¹⁰¹¹ Véase el apartado 5.2.2.B.b de esta obra.

¹⁰¹² La redacción original de la disposición prevé una cantidad máxima de *150.000.- pesetas por trabajador minusválido contratado [...]*, cantidad ésta que al cambio en euros asciende a 901,52.- Euros.

normativa afectaron negativamente a la efectividad de la obligación de realizar ajustes razonables, ya que una vez efectuada su transposición, la subvención no fue actualizada normativamente para potenciar la configuración de los ajustes razonables.

C) La aparición de la concertación social como mecanismo de fomento del empleo de las personas con discapacidad: Los acuerdos MTAS-CERMI

Por último, no puede omitirse una serie de reflexiones a propósito de dos documentos que evidenciaron el cambio en la intervención de los poderes públicos respecto del empleo de las personas con discapacidad: los acuerdos MTAS-CERMI (I y II), de 15 de octubre de 1997 y 2 de diciembre de 2002.

Tras la entrada en vigor de la LISMI en el año 1982, su impacto sobre el empleo de las personas con discapacidad no fue el esperado¹⁰¹³. La necesidad de introducir cambios en las políticas de empleo de este colectivo era un objetivo prioritario que el legislador debía llevar a cabo, ya que la excesiva generalidad de la LISMI, sumada a las remisiones a desarrollos normativos que no se habían llevado a cabo con el paso de los años y la potenciación de prestaciones económicas en detrimento de medidas de integración laboral¹⁰¹⁴, dificultaban el cumplimiento de los objetivos del artículo 49 de la C.E. Ante este escenario, el legislador español inició una reforma del marco regulador del empleo de las personas con discapacidad mediante legislación negociada. Y es aquí donde se aprobaron los acuerdos MTAS-CERMI, de 15 de octubre de 1997 (I) y de 2 de diciembre de 2002 (II), que pretendían introducir cambios flexibilizadores en este ámbito¹⁰¹⁵.

¹⁰¹³ Así lo constataban distintos documentos, como por ejemplo el Informe núm. 5/1995 del Consejo Económico y Social, de 26 de octubre de 1995, denominado "Informe sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y algunas propuestas para su reactivación".

¹⁰¹⁴ Véase Informe núm. 5/1995 del Consejo Económico y Social, de 26 de octubre de 1995, "Informe sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y algunas propuestas para su reactivación", pág. 57.

¹⁰¹⁵ La utilización del término "reforma flexibilizadora" fue utilizada por primera vez por ESTEBAN LEGARRETA, R., "La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997- 2000)", *op. cit.*, pág. 132, que apuntó la necesidad de introducir un mayor grado de flexibilización, característica esta que inspiró algunas de las reformas propuestas por los acuerdos MTAS-CERMI (I y II).

El primer acuerdo MTAS-CERMI, de 15 de octubre de 1997, nació de la voluntad política de incrementar el empleo de las personas con discapacidad mediante un compromiso negociador entre los poderes públicos y el sector de la discapacidad¹⁰¹⁶. Concretamente, el CERMI presentó el “Plan de Medidas Urgentes de Fomento del Empleo de Personas con Discapacidad” durante el mes de diciembre de 1996 ante el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Este documento fue muy bien recibido por el legislador, generando un incremento de la participación institucional de las personas con discapacidad –canalizadas mediante la presencia del CERMI en distintas instituciones¹⁰¹⁷- e importantes modificaciones del marco regulador clasificadas en un total de tres categorías: a) intermediación laboral; b) formación profesional; y c) contratación e inserción laboral. De todas ellas, la que mayor protagonismo asumió fue la tercera, incluyendo un total de catorce medidas¹⁰¹⁸, frente a las tres medidas que se propusieron en materia de intermediación laboral¹⁰¹⁹, y formación profesional¹⁰²⁰. La acogida de este acuerdo fue muy positiva, y revitalizó el marco normativo del empleo de las personas con discapacidad, ya que muchas de sus propuestas se formularon desde la experiencia práctica de profesionales del entorno del CERMI, lo que se tradujo en su acierto y precisión técnica. Sin embargo, la distinción entre empleo ordinario y protegido se mantuvo presente durante la implementación normativa de tales propuestas, cuestión esta que dificultó la integración plena y

¹⁰¹⁶ El organismo que mayor peso asumió fue el CERMI. Esta organización nacional de carácter asociativo se encarga de la representación, defensa y acción de la ciudadanía española con discapacidad. Mediante la formulación de propuestas constructivas, articuladas y contrastadas técnicamente, se ha encargado de poner de relieve las principales necesidades de las personas con discapacidad. De hecho, su papel como interlocutor en el marco de las principales reformas normativas del empleo de las personas con discapacidad ha sido de gran importancia, tal y como se detallará más adelante en el marco de estudio.

¹⁰¹⁷ Así, por ejemplo, el acuerdo MTAS-CERMI I de 15 de octubre de 1997 incluye en su apartado primero la creación del Consejo Estatal de Personas con Discapacidad y la presencia del CERMI en el Consejo General de Formación Profesional y el Consejo Económico y Social, entre otras medidas de participación institucional.

¹⁰¹⁸ Destacan entre ellas la propuesta de modificación de los contratos formativos (IV.1), la concesión de subvenciones y bonificaciones para la contratación a tiempo parcial de duración indeterminada (IV.2 y IV.8), la actualización y mejoras de medidas de autoempleo de este colectivo (IV.4), la autorización del trabajo a domicilio por cuenta de Centros Especiales de Empleo excepto para los trabajadores con discapacidad psíquica (IV.5) o la posibilidad de comerciar los productos elaborados por los usuarios/as de los centros ocupacionales (IV.11), entre otras propuestas.

¹⁰¹⁹ En esta materia, el acuerdo MTAS-CERMI I incluye la creación de un registro de trabajadores con discapacidad demandantes de empleo, el replanteamiento de la resolución conjunta INEM-INSERSO y la creación e implantación progresiva en los Servicios Públicos de empleo de acciones de especialización en la intermediación laboral de los trabajadores discapacitados, interesando y potenciando, además, la participación especializada y sin ánimo de lucro en estas tareas.

¹⁰²⁰ Sobre esta cuestión, el acuerdo MTAS-CERMI I propone la adaptación de los cursos de formación ocupacional a las necesidades de trabajadores con discapacidad, la formación continua de trabajadores con discapacidad a través de la FORCEM y la participación de organizaciones de personas con discapacidad en la impartición de las acciones de la F.P.O previstas en el plan FIP a través de un contrato programa.

efectiva de este colectivo. De hecho, una de las principales críticas que presenta este nuevo modelo de legislación negociada es precisamente la falta de atención a mecanismos de tránsito entre el empleo protegido y el empleo ordinario, como es la instrumentación efectiva del empleo con apoyo¹⁰²¹, así como la escasa atención recibida a las adaptaciones de puestos de trabajo en aquellas situaciones en las que se producen discapacidades sobrevenidas.

El segundo acuerdo, firmado por el Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales y el CERMI el 3 de diciembre de 2002, se erigió como la confirmación de una tendencia inédita en nuestro ordenamiento jurídico: *la concertación social a la hora de modificar la normativa del empleo de las personas con discapacidad*¹⁰²². Tal y como sucedió con el primer acuerdo MTAS-CERMI, este segundo documento surgió de la presentación, por parte del CERMI, de un texto elaborado única y exclusivamente por el mencionado Comité¹⁰²³, que incluyó una serie de propuestas en distintos ámbitos de actuación del empleo de las personas con discapacidad. El acuerdo MTAS-CERMI II mantuvo las áreas principales de actuación del primer acuerdo –intermediación laboral, formación e inserción laboral y contratación-, y además amplía a tres ámbitos más las propuestas de modificación normativa – promoción de la iniciativa empresarial, adecuación del entorno social y laboral y lucha contra la discriminación por razón de discapacidad-. Sin embargo, el Acuerdo aparentó ser menos ambicioso que el primero, ya que las propuestas plasmadas en el mismo pretendieron, en su

¹⁰²¹ Así lo señala ESTEBAN LEGARRETA, R., “Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos en favor del empleo de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, pág. 134, que hace referencia a esta cuestión como un reto pendiente en la intervención de los poderes públicos sobre el empleo de las personas con discapacidad. De hecho, señala además como aspectos pendientes la configuración normativa de la compatibilidad entre pensiones contributivas y asistenciales y salarios o actividad autónoma, y la mejora del marco regulador del trabajo de las personas con discapacidad en el empleo ordinario.

¹⁰²² Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., “Un análisis en perspectiva jurídica del II Acuerdo MTAS-CERMI”, *Boletín del Real Patronato sobre discapacidad*, núm. 56, 2003, pág. 21.

¹⁰²³ Esta circunstancia ha tenido un doble efecto negativo de enorme trascendencia, a saber, la ausencia de debate parlamentario y la falta de participación de los sindicatos y patronales, tal y como ha señalado ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F., “Estudio introductorio” en ESTEBAN LEGARRETA, R. (DIR.); PÉREZ AMORÓS, F. (DIR.), *La aplicación del derecho del trabajo en los centros especiales de empleo*, *op. cit.*, págs. 34 y ss; ESTEBAN LEGARRETA, R., “La estrategia global de empleo de las personas con discapacidad. Un balance crítico tras su finalización”, *Revista de derecho social*, núm. 61, 2013, pág. 45 y ESTEBAN LEGARRETA, R. en ESTEBAN LEGARRETA, R., “Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, pág. 54.

mayoría, llevar a cabo pequeños ajustes¹⁰²⁴, sin perjuicio de la inclusión de nuevas materias cuyo comentario se efectuará a continuación¹⁰²⁵.

Respecto a su contenido, llama la atención el peso que asumió el apartado dedicado a la contratación e inserción laboral (III), tal y como sucedió en el Acuerdo MTAS-CERMI I, frente a los demás aspectos tratados en el Acuerdo MTAS-CERMI II. Concretamente, los apartados “intermediación laboral (I)”, “promoción de la iniciativa empresarial (IV)” y “formación e inserción laboral (II)” contienen tres y dos propuestas de mejora¹⁰²⁶, respectivamente, frente a las nueve sugerencias acordadas en el marco del apartado “contratación e inserción laboral (III)”¹⁰²⁷.

Si bien es cierto que tales apartados incluyeron las novedades más importantes a nivel práctico de este acuerdo, las cuestiones más significativas se apreciaron en los apartados “adecuación del entorno social y laboral (V)” y “Lucha contra la discriminación e igualdad de oportunidades en el empleo (VI)”. Estos dos apartados no destacaron especialmente por su contenido¹⁰²⁸, sino por su inclusión como primeras manifestaciones del modelo social de tratamiento de discapacidad. El texto de este segundo Acuerdo contenía referencias a la integración de las personas con discapacidad mediante su normalización y la adaptación de la

¹⁰²⁴ *Vid.* ESTEBAN LEGARRETA, R., “Un análisis en perspectiva jurídica del II Acuerdo MTAS-CERMI”, *op. cit.*, pág. 23 y págs. 25-27.

¹⁰²⁵ Tales aspectos son la nueva regulación del derecho a la igualdad y no discriminación de este colectivo y la incorporación de la adecuación del entorno social y laboral.

¹⁰²⁶ El apartado I lo integran las siguientes medidas: a) apoyo a la agencia de colocación sin ánimo de lucro; b) medidas a favor de las mujeres con discapacidad; y c) renta activa de inserción.

El apartado IV se compone asimismo de tres propuestas: a) bonificación de cuotas de Seguridad Social a los autónomos con discapacidad; b) creación de unidades especializadas de apoyo; c) teletrabajo.

Respecto al apartado II, se incluyen menciones a la formación profesional ocupacional y el establecimiento de una prioridad de acceso a escuelas taller, casas de oficio y talleres de empleo por parte de personas discapacidad.

¹⁰²⁷ Este apartado incluye medidas de alcance muy distinto, como por ejemplo la introducción de modificaciones en el marco de los contratos de formación (1); cambios normativos destinados a facilitar el tránsito al empleo ordinario mediante enclaves laborales y unidades de apoyo en los Centros Especiales de Empleo (2), cuestión esta que no aparecía en el primer acuerdo; modernización de los servicios de ajuste personal y social (3); el fomento de la contratación de mujeres con discapacidad (4 y 5) o el apoyo a la sustitución de trabajadores con discapacidad que causan baja por Incapacidad Temporal (7); entre otras.

¹⁰²⁸ En efecto, el apartado “adecuación del entorno social y laboral (V)” incluye la incorporación de la accesibilidad en el medio de trabajo como línea específica en el marco de los planes nacionales de accesibilidad y de acción para las personas con discapacidad 2003-2007 así como la realización de estudios de investigación sobre esta materia. No obstante, el apartado “Lucha contra la discriminación e igualdad de oportunidades en el empleo (VI)” es el aspecto con menor contenido de todo el acuerdo, ya que se dedica única y exclusivamente a recordar la necesidad de transponer la Directiva 2000/78 antes del 2 de diciembre de 2003, formalizando así un compromiso formal de transposición, que dicho sea de paso fue incumplido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuya fecha de entrada en vigor fue el 1 de enero de 2004.

sociedad a las necesidades de este colectivo¹⁰²⁹, y en este sentido, la incorporación de la adecuación del entorno social y laboral como apartado autónomo reforzó la pretensión de incorporar el modelo social de tratamiento de discapacidad en el ordenamiento jurídico español.

La referencia a la accesibilidad en el medio de trabajo apareció por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, e integró de forma inherente la necesidad de realizar adaptaciones de puestos de trabajo para favorecer el tránsito de las personas con discapacidad al empleo ordinario. Si bien es cierto que la mención a esta medida se debía muy probablemente a la aprobación del artículo 5 de la Directiva 2000/78¹⁰³⁰, su incorporación en el acuerdo MTAS-CERMI III simbolizó un cambio de tendencia en el tratamiento legislativo español del empleo de las personas con discapacidad. Se abandonó así una concepción paternalista centrada en la rehabilitación, y se inició el camino hacia la igualdad de oportunidades y no discriminación de este colectivo mediante el fomento de su integración laboral en el empleo ordinario.

5.1.3. Un nuevo rumbo en el tratamiento de la discapacidad: la creciente importancia de la igualdad de oportunidades y no discriminación como primera manifestación del modelo social de tratamiento de la discapacidad

Tras la aprobación de los acuerdos MTAS-CERMI, la regulación del empleo de las personas con discapacidad asumió un nuevo enfoque, que pretendía abandonar las actuaciones normativas paternalistas y rehabilitadoras que habían presidido las últimas reformas del empleo de las personas con discapacidad. La igualdad de oportunidades y no discriminación se convirtieron en los dos valores principales a los que el legislador recurrió para fomentar la inserción socio laboral de este colectivo. La regulación de instituciones jurídicas destinadas a la rehabilitación ha seguido estando presente, pero se detecta la pérdida de importancia de estas en

¹⁰²⁹ Una clara muestra de ello es la referencia a la facilitación del tránsito hacia el empleo ordinario, integrada en el apartado “contratación e inserción laboral (III)”, que incluye los enclaves laborales y el empleo con apoyo como medidas principales.

¹⁰³⁰ Para un estudio en profundidad sobre el origen, el proceso de gestación de este artículo y un análisis de su configuración, véanse los apartados 3.3.1 y 3.3.2 de esta obra.

aras de iniciar el tránsito hacia un modelo inclusivo basado en el paradigma social de tratamiento de la discapacidad.

Desde este punto de vista, la normalización se instituyó como la apuesta generalizada del legislador, evitando en la medida de lo posible intervenciones segregadoras de los poderes públicos y otorgando una mayor importancia a la adaptación del entorno como medida para favorecer el ejercicio de los derechos de este colectivo. Claros exponentes normativos de esta tendencia los hallamos en la LIONDAU y la posterior transposición de la Directiva 2000/78 efectuada mediante la Ley 62/2003. Estas dos normas actuaron a modo de antesala al tratado internacional que simbolizó la irrupción del modelo social¹⁰³¹, a saber, la CIDPD¹⁰³², cuya implementación a nivel español se llevó a cabo formalmente mediante la Ley 26/2011, que será analizada en el siguiente apartado.

Llegados este punto, y antes de iniciar el análisis de la LIONDAU y la Ley 62/2003, conviene advertir que la transición del modelo médico o rehabilitador de tratamiento de la discapacidad al modelo social en el ordenamiento jurídico español no se produjo de forma radical con la entrada en vigor de tales normas. Como ya se ha señalado, la LISMI ya había incluido en 1982 las primeras manifestaciones de transición hacia el paradigma social, como por ejemplo el principio de preferencia por el empleo ordinario ex artículo 37 de la LISMI, pero los problemas de efectividad redujeron su impacto. Los acuerdos MTAS-CERMI pretendieron revitalizar esta tendencia, introduciendo el segundo de ellos mecanismos de transición del empleo protegido al empleo ordinario, pero no fue hasta la aprobación de la Directiva 2000/78 que se tomó verdadera conciencia de la importancia de cambiar el enfoque legal de la inserción sociolaboral de las personas con discapacidad. Así, la Directiva 2000/78 fue punto de inflexión que supuso que la no discriminación y la igualdad de oportunidades se erigieran como objetivos principales y comunes en todos los Estados miembro de la UE, tal y

¹⁰³¹ El propio legislador lo constata en la exposición de motivos de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que indica que: "La presente Ley, por tanto, ahonda en el modelo social de la discapacidad, cuyo precedente inmediato sería la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, [...]."

¹⁰³² Para un análisis en profundidad sobre el contenido de este tratado internacional, véase el epígrafe 2.3.3 de este estudio.

como ya se apuntó anteriormente en este estudio¹⁰³³, y supuso el apoyo necesario para continuar la implementación del modelo social de tratamiento de la discapacidad a nivel español, que continuó su camino mediante la LIONDAU y la Ley 62/2003.

A) La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad

La LIONDAU se gestó como una norma que pretendía complementar la LISMI¹⁰³⁴, cuya eficacia fue uno de sus principales defectos, tal y como ya se ha señalado. En este contexto, la LIONDAU, que se halla actualmente derogada¹⁰³⁵, se aprobó con la finalidad de actualizar el marco jurídico de tratamiento de este colectivo¹⁰³⁶. Se encargó de plasmar una visión fundamentada en el modelo social de tratamiento de la discapacidad¹⁰³⁷, en la que asumieron una gran importancia la valoración de los obstáculos sociales y condiciones limitativas inherentes en la propia sociedad bajo el patrón de la persona media o ciudadano normal. De esta manera, el legislador introdujo nuevas estrategias de intervención que enfatizan la importancia sobre las condiciones personales y los elementos contextuales o

¹⁰³³ Véase el apartado 3.3 de esta obra.

¹⁰³⁴ La exposición de motivos de la LIONDAU lo señala expresamente, al indicar que: "*Transcurridos más de veinte años desde la promulgación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos, sin poner en cuestión su vigencia, se considera necesario promulgar otra norma legal, que la complemente y que sirva de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad*".

En este mismo sentido, DE LORENZO GARCÍA, R., "Los contornos del Derecho de la Discapacidad", *op. cit.* pág. 107 señala que esta ley no deja de ser una nueva formulación de diversos aspectos regulados ya en la LISMI.

¹⁰³⁵ La LIONDAU fue derogada el día 4 de diciembre de 2013, fecha en la que entró en vigor el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuya disposición derogatoria única derogó, entre otras, la LIONDAU.

¹⁰³⁶ En este punto, conviene señalar que algún autor, como AZÚA BERRA, P., "Evolución de la legislación española en materia de discapacidad en la etapa democrática", en PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.) y SASTRE, A. (Ed.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 137, ha puntualizado que nos encontramos ante una norma que conforma un nuevo marco jurídico, debido a la implementación de nuevos instrumentos jurídicos internacionales.

¹⁰³⁷ Según PALACIOS RIZZO, A.; PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.), "La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española", *op. cit.*, pág. 148 y 156, se trata de la norma paradigmática del modelo social de tratamiento de la discapacidad.

En esta misma línea, véase también CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, *op. cit.*, pág. 58; y MARTINEZ-PUJALTE, A.L., "Los principios básicos del nuevo Derecho español de la discapacidad a la luz de la LIONDAU", en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir) y SASTRE, A. (Ed.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 246-249, que añade que la LIONDAU fue la norma de cabecera de todo el Derecho español de la discapacidad.

ambientales¹⁰³⁸, que significaron una clara manifestación de la implementación del modelo social en el ordenamiento jurídico español¹⁰³⁹.

Este cambio en la perspectiva de abordar el tratamiento de la discapacidad ha sido reconocido jurídicamente como la transición del principio de igualdad por razón de discapacidad a un derecho a la no discriminación por razón de discapacidad¹⁰⁴⁰. Y es aquí donde la LIONDAU destacó especialmente, pues introdujo además de estrategias de actuación basadas en las condiciones personales y ambientales de este colectivo, la instrumentación de dos líneas de actuación que marcaron las pautas de tratamiento legal de la discapacidad en el futuro: a) la lucha contra la discriminación en aras de lograr la igualdad de trato y de oportunidades; y b) la accesibilidad universal. La segunda línea fue especialmente innovadora, y se definió como *una condición que deben cumplir cumplir los entornos, productos y servicios para que sean comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas*¹⁰⁴¹. Se materializó, pues, una apuesta por la adaptación de las estructuras sociales a fin de que todas las personas puedan ejercer sus derechos de forma plena y efectiva, sin que la diversidad propia de la especie humana sea un obstáculo para ello.

¹⁰³⁸ En este sentido, véase DE LORENZO GARCÍA, R., “Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado”, *op. cit.*, pág. 533, que señala cómo “*En claro contraste con la LISMI, de marcado carácter prestacional, la LIONDAU va mucho más lejos y ya no persigue la solución de los problemas personales de la persona con discapacidad (siguiendo el modelo médico/rehabilitador histórico) sino que actúa directamente sobre los obstáculos y dificultades, es decir, contra el entorno (modelo social) por considerar que es la sociedad la que tiene que generar las condiciones generales para todos [...]*”.

En este mismo sentido, véase también RUIZ CASTILLO, M. M., *Igualdad y no discriminación*, *op. cit.*, pág. 87, que constata el cambio de óptica que supuso la LIONDAU, basado en dos pilares fundamentales: la lucha contra la discriminación para superar la igualdad formal mediante acciones positivas y la accesibilidad universal.

¹⁰³⁹ *Vid.* QUINTANILLA NAVARRO, B., “Discapacidad y discriminación: de la igualdad de trato a la accesibilidad universal”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 11, 2006, pág. 12, que sostiene la pretensión normativa de introducir un planteamiento renovado respecto de la LISMI, “[...] dando cabida a una concepción social de la discapacidad que supera el enfoque meramente médico-sanitario.”

En sentido contrario, véase RUIZ CASTILLO, M. M., *Igualdad y no discriminación*, *op. cit.*, pág. 95, que sostiene que el modelo social se sustituye por un modelo focalizado en la discriminación en sí. Concretamente señala que: “*La relegación de ese modelo social de la discapacidad, por otro que pone el acento en la discriminación en sí y no en las limitaciones individuales del discapacitado, tendrá unas consecuencias verdaderamente importantes en los que se refiere al derecho a la igualdad.*”

¹⁰⁴⁰ *Vid.* HERNÁNDEZ VITORIA, M.J., “Una lectura de la Ley 51/03 desde las aportaciones del ordenamiento comunitario en materia de derechos fundamentales y del principio de discriminación”, en ITURRI GÁRATE, J.C. (DIR.), *La protección jurídica civil, penal, administrativa y social de la persona con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 28, así como QUINTANILLA NAVARRO, B., “Discapacidad y discriminación: de la igualdad de trato a la accesibilidad universal”, *op. cit.*, pág. 11 (versión electrónica), que señala que “*esta norma incorpora a los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación el de «accesibilidad universal», en coherencia con las tendencias internacionales y las exigencias de la Unión Europea*”.

¹⁰⁴¹ Véase apartado I del preámbulo de la LIONDAU.

El legislador reconoció así el papel activo de las personas con discapacidad como ciudadanos titulares de derechos, superando normativamente la concepción de este colectivo como sujeto pasivo que exige una intervención estatal de rehabilitación, visión esta propia del paradigma médico de tratamiento de la discapacidad. Y este hecho tuvo una indudable trascendencia constitucional, pues este cambio de perspectiva supuso la ampliación de la cobertura ofrecida por el artículo 49 de la CE, cobrando una mayor importancia los artículos 9.2, 10 y 14 de la C.E¹⁰⁴².

Sin embargo, la clave de bóveda que supuso un avance importantísimo de la LIONDAU fue la incorporación de la accesibilidad en clave jurídica. Concretamente, el legislador reconoció explícitamente los efectos discriminatorios derivados del incumplimiento de la accesibilidad universal como condición que deben cumplir los entornos, servicios y productos, categorizando así la no accesibilidad como forma de discriminación indirecta¹⁰⁴³. Este cambio significó un gran hito y reorientó la intervención legal sobre este colectivo hacia un esquema con perspectiva transversal, que se materializa mediante la introducción de la obligación de realizar ajustes razonables en las distintas temáticas mencionadas en el artículo 3 de la LIONDAU¹⁰⁴⁴, definidos en el artículo 7.c de la LIONDAU. Así pues, la LIONDAU incorporó por primera vez la obligación de realizar ajustes razonables en distintos ámbitos, y preparó así el escenario normativo para recibir esta obligación en el ámbito del Derecho del Trabajo, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la LIONDAU al amparo del artículo 3 *in fine* de la LIONDAU¹⁰⁴⁵, que

¹⁰⁴² *Vid.* DE LORENZO GARCÍA, R., “Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado”, *op. cit.*, pág. 534, que identifica como consecuencias o efectos jurídicos la extensión como sujetos obligados a los sujetos privados, la localización de las garantías entorno al artículo 53.2 CE debido al papel fundamental que desempeña el artículo 14 de la CE, entre otras.

¹⁰⁴³ El apartado I *in fine* del preámbulo de la LIONDAU que señala que: “La no accesibilidad de los entornos, productos y servicios constituye, sin duda, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación, de discriminación indirecta en este caso, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquellas que no lo son, al igual que ocurre cuando una norma, criterio o práctica trata menos favorablemente a una persona con discapacidad que a otra que no lo es. Convergen así las corrientes de accesibilidad y de no discriminación”.

En el texto normativo, esta cuestión puede hallarse en el artículo 4 de la LIONDAU.

¹⁰⁴⁴ Concretamente, el artículo 3 de la LIONDAU contempla que esta norma se aplicará en los siguientes ámbitos: a) Telecomunicaciones y sociedad de la información; b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; c) Transportes; d) Bienes y servicios a disposición del público; e) Relaciones con las Administraciones públicas; f) Administración de justicia.

¹⁰⁴⁵ Este precepto establece que: “La garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación, se regirá por lo establecido en esta ley que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación.”

se materializará mediante la transposición del artículo 5 de la Directiva 2000/78 ex Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, tal y como se analizará más adelante.

Estructuralmente, la LIONDAU constaba de un total de veintiún artículos, agrupados en tres capítulos, seis disposiciones adicionales y quince disposiciones finales. Bajo el título “Disposiciones generales” el primer capítulo se dedicó a definir los aspectos fundamentales de la LIONDAU, a saber, el objeto, los principios y el ámbito de aplicación. El segundo capítulo se encargó única y exclusivamente de la igualdad de oportunidades, conteniendo disposiciones que definieron cuándo se produce la vulneración de este derecho y sus garantías, las medidas contra la discriminación¹⁰⁴⁶, y las medidas de acción positiva¹⁰⁴⁷, entre otras. El tercer capítulo abordó exclusivamente la previsión de medidas de fomento y defensa para llevar a cabo una política de igualdad de oportunidades, como por ejemplo medidas de sensibilización y formación (artículo 12 de la LIONDAU), la previsión de la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones que les conciernen (artículo 15 de la LIONDAU), el uso del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos para la gestión de las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación (artículo 17 de la LIONDAU) o la plasmación de la inversión de la carga de la prueba en procedimientos judiciales en los que intervengan personas con discapacidad como criterio especial sobre la prueba de hechos relevantes (artículo 20 de la LIONDAU), entre otras. La última parte de la norma incluyó una serie de disposiciones, tanto adicionales como finales, que se encargaron de adecuar distintas normas del ordenamiento jurídico español a la nueva visión que implementó la LIONDAU, así como a la plasmación

¹⁰⁴⁶ Las medidas contra la discriminación serán *aquellas que tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable*, de conformidad con el artículo 6.1 LIONDAU. El artículo 7 LIONDAU se encarga de enumerarlas, y serán las siguientes: a) prohibición de conductas discriminatorias y de acoso; b) exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables.

¹⁰⁴⁷ Las medidas de acción positiva se definen en el artículo 9.1 LIONDAU como apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Dado el carácter ambiguo de la expresión “apoyos complementarios”, el legislador los define como *ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación*.

de compromisos temporales de ejecución de distintas medidas que contempló la LIONDAU.

La estructura de la LIONDAU reflejó una evolución destacada en el tratamiento normativo de la integración de las personas con discapacidad, que puede resumirse mediante dos rasgos claves. En primer lugar, se observa una vocación de implementación efectiva de la normalización social de este colectivo, y se recurre para ello a la plasmación de medidas tanto sustantivas – capítulo II - como procesales – capítulo III-. Este enfoque evidencia la pretensión del Gobierno de intentar evitar los defectos que presentó la LISMI en su ejecución, superando así la ausencia de mecanismos de exigencia de dicha norma¹⁰⁴⁸. En segundo lugar, debe destacarse de la LIONDAU su aproximación transversal desde el punto de vista de su ámbito de aplicación. Esta norma pretendió establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la CE, y coherente con la generalidad de esta pretensión, el legislador optó por la transversalidad, regulando así distintos ámbitos al amparo del artículo 3 de la LIONDAU. A título de ejemplo, se incluyeron ámbitos tan diversos como las telecomunicaciones, los transportes, la administración de justicia o el patrimonio cultural, entre otros. Esta circunstancia nos lleva a afirmar que no estamos ante una norma de naturaleza estrictamente laboral¹⁰⁴⁹, dada la supletoriedad establecida en el artículo 3 de la LIONDAU, sino un texto normativo que pretendió regular el ejercicio del derecho a la no discriminación e igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad esencialmente en el ámbito del acceso a los bienes y servicios públicos, circunstancia especialmente novedosa en nuestro

¹⁰⁴⁸ Vid. RUIZ CASTILLO, M. M., *Igualdad y no discriminación*, op. cit., pág. 84, que constata aquellos aspectos que solventó la LIONDAU, señalando, a título de ejemplo, el establecimiento de una definición de discapacidad y su acreditación válida para todo el territorio nacional. No obstante, esta misma autora constata la eficacia diferida de la LIONDAU, ex Disposición Final 3ª LIONDAU, que dificultó la eficacia de esta norma. En esta misma dirección, véase también DE LORENZO GARCÍA, R.; CABRA DE LUNA, M.A., “Análisis de la nueva legislación sobre no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal”, en DE LORENZO, R. (DIR.) y PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.), *Tratado sobre discapacidad*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 674-678 y ESTEBAN LEGARRETA, R., “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 6, 2017, págs. 16-18.

¹⁰⁴⁹ Las medidas o mecanismos de igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de discapacidad en el ámbito laboral serán introducidas posteriormente en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, aunque debe señalarse que el artículo 3 LIONDAU establece su aplicación supletoria, mención que debe relacionarse en un momento inicial a la LISMI, hasta la entrada en vigor de la Ley 62/2003.

ordenamiento jurídico¹⁰⁵⁰. Así, nos encontramos ante otra evidencia más de la influencia del modelo social en esta norma, que pretendió erradicar la discriminación hacia este colectivo, reforzando su participación en ámbitos claves de la vida.

Respecto a su contenido, la LIONDAU destacó por introducir distintas innovaciones normativas de interés, que marcarán el enfoque del tratamiento de la integración de las personas con discapacidad. De forma preliminar, es necesario destacar que la LIONDAU preparó el escenario normativo para la transposición de la Directiva 2000/78, introduciendo algunos de sus mecanismos en ámbitos de actuación ajenos al empleo, que es el ámbito de aplicación material de la Directiva 2000/78¹⁰⁵¹. Los ejemplos más claros de esta afirmación son la definición de la discriminación indirecta y el establecimiento de la obligación de realizar ajustes razonables, que se plasman en relación con distintos ámbitos de actuación entre los que no se encuentra el empleo y la ocupación¹⁰⁵², que será analizada en profundidad más adelante. Así, la LIONDAU simbolizó la voluntad legislativa de aplicar medidas antidiscriminatorias y de igualdad de trato a ámbitos ajenos al empleo y la ocupación, permitiendo así identificar a esta norma como una extensión de la protección que ofrece la Directiva, que no se hallaba aún transpuesta, a otros ámbitos materiales de aplicación.

Tras esta reflexión previa, la primera cuestión de interés a comentar es el concepto de discapacidad plasmado por la LIONDAU, y su relación con la caracterización incardinada en la LISMI. El artículo 1.2 de la LIONDAU estableció como definición de persona con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento y a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez. Como

¹⁰⁵⁰ Así lo constata HERNÁNDEZ VITORIA, M.J., "Una lectura de la Ley 51/03 desde las aportaciones del ordenamiento comunitario en materia de derechos fundamentales y del principio de discriminación", *op. cit.*, pág. 30, que destaca la superioridad de la proyección de esta norma respecto de otros textos normativos que se han ocupado de la accesibilidad de las personas con discapacidad.

¹⁰⁵¹ Véase el artículo 1 de la Directiva 2000/78, que delimita claramente el establecimiento del marco general de lucha contra la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación.

Para un estudio en profundidad sobre el ámbito de aplicación de esta norma, véase el apartado 3.3.2 de este estudio.

¹⁰⁵² Véase los artículos 6.2 y 7 de la LIONDAU en relación con el artículo 3 de la LIONDAU.

podemos observar, el legislador no fue especialmente innovador respecto a la definición de persona con discapacidad, que utilizó una técnica de definición por remisión¹⁰⁵³. A diferencia de otras partes del texto normativo, no se aprecia ninguna influencia del modelo social de tratamiento de la discapacidad en la definición original, lo que generó una incoherencia jurídica interna en la LIONDAU, ya que se predicaba la lucha contra la discriminación de este colectivo, pero la definición no era especialmente inclusiva al no reconocer el impacto que las barreras sociales podían tener en la construcción legal del concepto de discapacidad. De hecho, la definición recogida en el artículo 7.1 de la LISMI fue mucho más innovadora en su limitado planteamiento, al reconocer el impacto sobre las posibilidades de integración *de la deficiencia en las capacidades físicas, psíquicas o sensoriales*. Sin embargo, cada una de las definiciones se limitó a la aplicación en el marco de la norma en la que incluían¹⁰⁵⁴, y ello produjo una enorme falta de coherencia jurídica respecto a esta cuestión¹⁰⁵⁵, que redujo la eficacia de la LIONDAU.

En segundo lugar, debe destacarse la distinción entre las medidas contra la discriminación y de acción positiva en el marco de la LIONDAU. Definidas en el artículo 6.1 de la LIONDAU, las medidas contra la discriminación son aquellas destinadas a prevenir o corregir un trato directo o indirecto menos favorable por razón de discapacidad. El legislador, consciente de la dificultad e ineficiencia de definir las en abstracto, se encargó de plasmar en el artículo 7 de la LIONDAU su contenido, delimitando esta categoría de mecanismos de lucha por la igualdad de oportunidades a la prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables. Por otra parte, las medidas de acción positiva se

¹⁰⁵³ La norma de referencia para la determinación del porcentaje de discapacidad es el Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

¹⁰⁵⁴ Sobre esta cuestión con relación a la LIONDAU, conviene mencionar que a nivel judicial hubo un momento en el que se sostuvo la posibilidad de aplicar la definición de discapacidad de la LIONDAU en el marco de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo, que no acabó prosperando en sede casacional. Tal y como señala PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad, op. cit.*, págs. 165-166, la STSJ de Cantabria núm. 115/2006, de 6 de febrero, abordó la cuestión del alcance de la asimilación que contenía el último párrafo del artículo 1.2 de la LIONDAU, sosteniendo su aplicación en el marco del artículo 26 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo. No obstante, la STS de 21 de marzo de 2007 concluyó que el contenido del artículo 1.2 de la LIONDAU se limitaba única y exclusivamente al ámbito de materias propio de la LIONDAU.

¹⁰⁵⁵ En esta misma línea, *Ibid.*, pág. 162 señala que la definición contenida en la LIONDAU “[...] consagró un panorama normativo confuso y heterogéneo por lo que se refiere al concepto de discapacidad [...]”.

hallaban definidas en el artículo 8 de la LIONDAU como aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades de este colectivo en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad. Su concreción se encontraba en el artículo 9.1 de la LIONDAU, que plasmó su caracterización como apoyos complementarios, - expresión que incluía ayudas económicas, técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios para la comunicación-, y normas, criterios y prácticas más favorables.

Como puede observarse, nos encontramos ante dos mecanismos incardinados bajo la categoría de medidas de igualdad de oportunidades, pero que simbolizaron dos apuestas muy distintas en la integración de este colectivo. En efecto, el legislador plasmó una política de actuación a dos velocidades: una más urgente, inmediata, definida y de contenido obligatorio, categorizada bajo la denominación “medidas contra la discriminación”, y otra más abstracta, de marcado carácter social que pretende eliminar los obstáculos para lograr una implementación plena y efectiva a largo plazo del modelo social de tratamiento de la discapacidad, que el legislador plasma bajo la expresión “medidas de acción positiva”. La inclusión de ambas en la LIONDAU fue una característica muy relevante de esta norma, clave para lograr una política de actuación plenamente inclusiva de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la sociedad.

En tercer y último lugar, especial mención merece la configuración de los ajustes razonables plasmada en el artículo 7 de la LIONDAU. Bajo la clasificación de medidas contra la discriminación, los ajustes razonables se caracterizaron como la adecuación del entorno físico, social y actitudinal a las necesidades de las personas con discapacidad, a fin de facilitar la accesibilidad o su participación en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos. Su incumplimiento debía ser calificado como una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades, y por lo tanto como un comportamiento discriminatorio, al amparo de los artículos 4 y 7 de la LIONDAU. No obstante, los ajustes razonables no serán exigibles en cualquier caso, sino únicamente cuando su realización no constituya una carga desproporcionada. La definición de este concepto también se halló en el artículo 7

de la LIONDAU, que lo definió mediante la valoración de una serie de parámetros¹⁰⁵⁶. Asimismo, el legislador contempló el sistema de arbitraje como vía de solución de conflictos relacionados, ex artículo 17 de la LIONDAU, sin perjuicio de la protección administrativa o judicial que en cada caso procediera.

La introducción de los ajustes razonables como mecanismo de lucha contra la discriminación e igualdad de oportunidades se planteó por primera vez en el ordenamiento jurídico español mediante la LIONDAU. Esta circunstancia fue sumamente significativa ya que simbolizó no sólo la pretensión legislativa de implementar efectivamente el modelo social de tratamiento de la discapacidad, sino el fomento del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Para ello, el legislador integró en el concepto “ajuste razonable” las adaptaciones físicas, sociales y/o actitudinales del entorno, en aras de fomentar la accesibilidad y/o la participación de este colectivo en igualdad de oportunidades. Como podemos observar, la voluntad normativa fue clara, pero su caracterización era sumamente difusa, sobre todo si tenemos en cuenta su novedad y la ausencia de precedentes sobre esta cuestión en el ordenamiento jurídico español. En efecto, el legislador no ofreció ningún ejemplo del significado de adaptación social o actitudinal, que podían ser las que presentasen mayores problemas de aplicación. La cuestión es especialmente compleja si examinamos el objetivo “facilitar la accesibilidad” plasmado en el artículo 7 de la LIONDAU. Si bien es cierto que la accesibilidad se definía como una condición que deben cumplir los entornos para ser comprensibles, utilizables y practicables ex artículos 2.c y 7.b de la LIONDAU, hubiere sido conveniente caracterizar en concreto –mediante, por ejemplo, una lista ejemplificativa- los posibles ajustes razonables en relación con el ámbito de aplicación material de la LIONDAU.

A esta falta de concreción, debe sumársele el silencio normativo sobre la caracterización un elemento importantísimo para la valoración de la exigencia del ajuste: la razonabilidad. En efecto, la LIONDAU no definió el significado de

¹⁰⁵⁶ Concretamente, se valorarán los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.

razonable, aunque es cierto que constató la exención de aquellos ajustes que supongan una carga desproporcionada. Ahora bien, razonabilidad y carga desproporcionada han sido términos que se refieren a cuestiones distintas, y que deben ser diferenciados. La razonabilidad es una característica que supone la exigibilidad del ajuste, y a diferencia de la carga excesiva, requiere una valoración subjetiva en el sentido de examinar las características tanto del ente que lleva a cabo el ajuste como del usuario, ponderando tanto el esfuerzo que realiza el organismo que debe llevar a cabo el ajuste y los beneficios para los usuarios del servicio que ofrece el mismo. En cambio, la carga desproporcionada, cuyos parámetros de valoración se definieron en el artículo 7 de la LIONDAU¹⁰⁵⁷, plasmaron un examen objetivo de la concurrencia de una serie de factores no dependientes del organismo que debe llevar a cabo la adaptación, tales como el coste de la medida o la posibilidad de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda, entre otros. Así, puede observarse que existió, y a día de hoy sigue existiendo como veremos más adelante¹⁰⁵⁸, una confusión conceptual entre ambos términos, y que debió ser aclarada mediante un desarrollo reglamentario que no llegó nunca a efectuarse.

A modo de cierre, la LIONDAU realizó aportaciones muy interesantes, innegablemente tributarias del modelo social. Sin embargo, le faltó un desarrollo normativo más detallado sobre la institución clave para la implementación efectiva de este paradigma de tratamiento de la discapacidad: la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo. Su constatación a lo largo del texto es digna de mención, pero se trata de una obligación que no se desarrolló convenientemente, empañando el enfoque progresista que adoptó la LIONDAU. De hecho, no se ha hecho público ningún tipo de estudio o seguimiento que refleje la eficacia – o ineficacia- de esta medida, el detalle sobre cuales han sido las adaptaciones realizadas o las más solicitadas por los ciudadanos, o incluso el grado de litigiosidad sobre esta cuestión. A ello, debe sumársele la no previsión de sanciones en el marco de la LIONDAU, que no llegarían hasta la aprobación

¹⁰⁵⁷ El artículo 7 de la LIONDAU sostiene que la valoración de la desproporcionalidad de la carga se efectuará teniendo en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda

¹⁰⁵⁸ Para un examen en profundidad a propósito de ambos conceptos, véanse los apartados 5.2.1 y 5.2.2 de este estudio.

de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Tales circunstancias ponen de manifiesto que la LIONDAU plasmó una obligación vacía de contenido, cuya aplicación ha sido prácticamente anulada debida a una falta de claridad en su definición, que ha empañado su eficacia, y, en consecuencia, en una mera declaración de intenciones sin eficacia real.

B) La transposición de la Directiva 2000/78 en el ordenamiento jurídico español: La Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social

Al poco tiempo de la aprobación y entrada en vigor de la LIONDAU, el legislador procedió a transponer la Directiva 2000/78 al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 62/2003. Concretamente, el capítulo III del Título II de la Ley 62/2003 fue el encargado de incorporar las disposiciones de la Directiva 2000/78.

El reflejo de la Directiva 2000/78 que el legislador plasma en el ordenamiento jurídico español es muy fiel a la norma originaria. Si bien es cierto que la LIONDAU ya introdujo el principio de igualdad de trato o de oportunidades, así como el concepto de acoso (artículos 1.1 y 7 de la LIONDAU), la sección III del capítulo tercero de la Ley 62/2003 viene a concretarlos en el ámbito del empleo, todo ello sin perjuicio de la falta de coordinación entre la LIONDAU y la Ley 62/2003¹⁰⁵⁹.

Centrándonos en el objeto de este estudio, la incorporación de la obligación de realizar ajustes razonables a la legislación española se realizó a través del artículo 38.2 de la Ley 62/2003. Tal precepto incluyó la redacción, entre otros, del artículo 37.bis.2 de la LISMI, dando así por cumplido el mandato del legislador europeo. Sin ánimo de entrar a analizar en profundidad las particularidades de la caracterización española de los ajustes razonables en aquel momento, básicamente porque su configuración no ha variado desde aquel momento y la

¹⁰⁵⁹ Así lo sostiene QUINTANILLA NAVARRO, B., "Discapacidad y discriminación: de la igualdad de trato a la accesibilidad universal", *op. cit.*, pág. 13 (versión electrónica).

actual caracterización será abordada en el apartado 5.2 de esta obra, se procede a continuación al examen del artículo 37.bis.2 de la LISMI en relación con el artículo 5 de la Directiva 2000/78, que fue el precepto que regulará la obligación de realizar ajustes razonables hasta la entrada en vigor del artículo 40.2 de la LGDPCD. De esta manera, se ofrecerá una visión a propósito de la transposición de la obligación objeto de estudio en el ordenamiento jurídico español.

El apartado 2 del artículo 37.bis LISMI prevé que *“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. 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.”*

Una comparación a primera vista entre la redacción de la Directiva 2000/78 y la resultante de su transposición permite identificar que la primera parte de la caracterización de la obligación de realizar ajustes razonables se mantuvo prácticamente intacta, excepto en su denominación. En efecto, la expresión “razonable” que acompaña a los ajustes en la Directiva 2000/78 no se transpuso literalmente en su momento en nuestra legislación, y, de hecho, su omisión está presente incluso en la configuración actual de la obligación¹⁰⁶⁰, cuestión esta sobre la que se profundizará en el apartado relativo a la configuración actual española¹⁰⁶¹. Tal circunstancia pone de manifiesto que el legislador español pudo ahondar en la significación concreta de las actuaciones consistentes en medidas de adaptación del puesto de trabajo, a fin de facilitar la tarea interpretativa a los operadores jurídicos¹⁰⁶². Sin embargo, un exceso de cautela normativa

¹⁰⁶⁰ Véase artículo 40.2 de la LGDPCD.

¹⁰⁶¹ Véase el apartado 5.2 de esta obra.

¹⁰⁶² Es cierto que, como ya señalamos en el epígrafe 3.5 de la UE, el TJUE asumió un papel muy relevante en la caracterización de la obligación, especialmente tras la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-

desaprovechó esa magnífica ocasión para incrementar la eficacia de este mecanismo, dando lugar a una definición que, aún a día de hoy, resulta a todas luces excesivamente general.

Donde sí parece que se introdujeron cambios fue en la determinación de la carga excesiva, que es la exención empresarial de cumplir con la obligación cuando su coste, ya sea económico, organizativo o de cualquier otro tipo, suponga un esfuerzo empresarial desproporcionado. El legislador español concretó la expresión “medidas existentes en la política del Estado miembro” incluida en el artículo 5 *in fine* de la Directiva 2000/78. En este sentido, la nueva redacción del artículo 37.bis de la LISMI exigía la valoración de las medidas, ayudas o subvenciones públicas destinadas a personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo de los ajustes, el tamaño y volumen de negocios total de la organización o empresa. Como puede observarse, la transposición al ordenamiento jurídico español desarrolló con acierto la caracterización de la carga excesiva, pero se efectúa de forma poco rigurosa. En efecto, la simple mención a las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, sin facilitar pautas que ayuden a valorar cada caso de forma individualizada perjudicó la efectividad de la norma. Ello, sumado a la mera mención no concreta de las expresiones “en función del tamaño y el volumen de negocios”, han sido circunstancias que han limitado enormemente la aplicación de la obligación, generando inseguridad jurídica. Todo apunta a que una transposición efectiva del artículo 5 de la Directiva 2000/78 hubiera exigido la aprobación de un reglamento dedicado únicamente a los aspectos centrales de la obligación de realizar ajustes razonables¹⁰⁶³, desarrollo reglamentario que actualmente es prácticamente

335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222. Sin embargo, el legislador pudo avanzarse mediante la identificación de medidas concretas de ajuste, incluso tomando como referencia el considerando 20 de la Directiva 2000/78, o incluso clarificando el encaje de esta obligación en relación con la obligación empresarial de adoptar las medidas preventivas necesarias para la protección con discapacidad ex artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (BOE de 10 de noviembre), sobre todo si tenemos en cuenta la novedad de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁰⁶³ Entre los aspectos que mayor atención merecen destacan un listado de ejemplos concretos de ajustes, la valoración de los parámetros incluidos en el concepto “carga excesiva”, la creación y regulación de un proceso administrativo obligatorio en el que se discuta si el empresario está obligado a llevar a cabo los ajustes y su ejecución material o el plazo para llevarlos a cabo, entre otras cuestiones.

Algunos autores se han pronunciado respecto a la posible estructura o contenido del desarrollo reglamentario. Véase, en este sentido, PÉREZ BUENO, L.C. “La configuración jurídica de los ajustes razonables” en CAYO PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.) y ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.), *2003-2012: 10 años sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Fundación Derecho y discapacidad, págs. 208-209.

inexistente¹⁰⁶⁴, y ni tan siquiera existe dicha pretensión por parte del legislador¹⁰⁶⁵. Tal circunstancia otorga a los tribunales españoles de la jurisdicción social un papel central en la interpretación española de la configuración de los ajustes razonables, pero en la práctica resta eficacia a la aplicación de esta medida antidiscriminatoria.

Llegados a en este punto, conviene precisar que se detecta un cambio en la forma de configurar el principio de igualdad de oportunidades por la Ley 62/2003 en relación con la LIONDAU, que afecta a la naturaleza de la obligación de realizar ajustes razonables. La primera de ellas se encargó de conceptualizarlo como la ausencia de discriminación, y la LIONDAU incluyó, además de la ausencia de toda discriminación, la adopción de medidas de acción positiva¹⁰⁶⁶. El legislador parece eliminar la ejecución de medidas de acción positiva como manifestación del principio de igualdad de oportunidades en el empleo, circunstancia que indica, de forma indirecta y sumada al carácter obligatorio de esta medida, la imposibilidad de calificar la obligación de realizar ajustes razonables como un mecanismo de acción positiva¹⁰⁶⁷.

Sin ánimo de analizar exhaustivamente la naturaleza de esta medida en este momento, ya que será objeto de análisis en el apartado 5.2 de este estudio, esta diferenciación planteó otra cuestión añadida, que se halla resuelta actualmente por la refundición de la LIONDAU y la LISMI mediante la LGDPCD: ¿ha sido distinta la obligación de realizar ajustes razonables prevista en la LIONDAU de la plasmada en el artículo 37.bis.2 de la LISMI? Si examinamos el artículo 7.c de la LIONDAU en comparación con el artículo 37.bis.2 de la LISMI, puede observarse

¹⁰⁶⁴ Si bien esta afirmación es totalmente cierta en el ámbito del empleo ordinario, en el ámbito del empleo público la respuesta debe matizarse debido a la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, así como por la Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad.

¹⁰⁶⁵ Es cierto que la disposición final III del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social incluye la pretensión de efectuar un desarrollo reglamentario, pero no consta entre las prioridades del legislador la concreción reglamentaria de la obligación de realizar ajustes razonables.

¹⁰⁶⁶ Véase el artículo 28.1.a y 34.2 de la Ley 62/2003 en relación con el artículo 1.1 LIONDAU.

¹⁰⁶⁷ En sentido contrario, véase QUINTANILLA NAVARRO, B., "Discapacidad y discriminación: de la igualdad de trato a la accesibilidad universal", *op. cit.*, pág. 18 (versión electrónica), que sostiene que: "estos «ajustes razonables» constituyen medidas de acción positiva en los términos que se han descrito en el apartado anterior."

que efectivamente la configuración de las obligaciones era distinta, sin perjuicio del ámbito de aplicación de ambas, que si bien era diferente presentaba situaciones en las que las obligaciones podrían converger por la aplicación supletoria de la LIONDAU en el ámbito del empleo¹⁰⁶⁸. En efecto, el artículo 7.c de la LIONDAU incluyó aspectos no plasmados en el artículo 37.bis.2 de la LISMI a efectos de valorar la carga excesiva¹⁰⁶⁹, y, además, la resolución de las discrepancias entre el solicitante del ajuste y el sujeto obligado a través de un sistema de arbitraje regulado en el artículo 17 de la LIONDAU. Es sorprendente que el legislador no trasladase elementos del artículo 7.c de la LIONDAU a la configuración de la obligación en el marco del artículo 37.bis.2 de la LISMI, sobre todo si tenemos en cuenta la profundidad y efectividad que estos aportan a la hora de aplicar la mencionada obligación. En cualquier caso, parece evidente que durante unos años coexistieron caracterizaciones distintas de la obligación de realizar ajustes razonables que, sin perjuicio del ámbito de aplicación de cada una de ellas, ofrecen dos conclusiones paradójicas: una protección más efectiva, o como mínimo con una mayor seguridad jurídica, en aquella obligación que no resultó obligada a transponerse en nuestro ordenamiento jurídico por mandato europeo, y la ausencia de traslación de elementos que incrementaban la eficacia a la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en el ámbito del empleo.

5.1.4. La aparición del Soft Law como un instrumento de importancia creciente en el fomento del empleo de las personas con discapacidad: Las Estrategias sobre Discapacidad

El periodo temporal comprendido entre los años 2003 a 2011, momento este último en el que se procedió a adaptar el ordenamiento jurídico español a la CIDPD, se caracterizó por la aparición de una serie de instrumentos, de

¹⁰⁶⁸ Conviene matizar en este punto que el carácter supletorio de la LIONDAU ex artículo 3 párrafo final en el ámbito del empleo podía dar lugar a la aplicación supletoria de la obligación de realizar ajustes razonables prevista en la LIONDAU en el ámbito del empleo. No obstante, este debate se cerró en el momento en el que entró en vigor la LGDPCD, y, de hecho, es una cuestión que ha pasado desapercibida a los operadores jurídicos, ya que no existe ninguna sentencia que se pronuncie al respecto.

¹⁰⁶⁹ Destacan especialmente los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.

cuestionable eficacia jurídica, pero cuyos efectos pretendían complementar la acción normativa del legislador con un plan de actuación o estrategia que guiase la intervención del Gobierno en materia de discapacidad. En otras palabras, se plasmaron distintos instrumentos en los que se ofrecía una panorámica de las actuaciones previstas que favoreciesen la integración de este colectivo, a modo de guía para los agentes sociales y de justificación para la implementación de medidas de fomento del empleo.

Este fenómeno ya se produjo anteriormente durante los años 1997-2002, momento temporal en el que los dos acuerdos MTAS-CERMI materializaron la necesidad de introducir cambios en las políticas de empleo utilizando métodos distintos a los utilizados hasta el momento, aunque estos acuerdos no pueden calificarse técnicamente como Soft Law, sino más bien como concertación social. No obstante, conviene indicar que el periodo comprendido entre 2003 a 2011 si bien perseguía instrumentar una ambiciosa reforma del marco regulador del empleo de las personas con discapacidad mediante legislación negociada¹⁰⁷⁰, el resultado final es más próximo a una actuación complementaria que pretendió incrementar los efectos de las medidas normativas vigentes, siguiendo la tendencia europea¹⁰⁷¹.

La reaparición de estos instrumentos se originó en la disposición adicional duodécima de la Ley 43/2006, que contempló, previa consulta con los interlocutores sociales y con las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, la aprobación de una Estrategia Global de Acción para el empleo de Personas con discapacidad. Tal instrumento, que se materializó en la Estrategia Global 2008, incluyó un repertorio con iniciativas y medidas dirigidas a promover el acceso de las personas con discapacidad al mercado de trabajo, mejorando su empleabilidad y su integración laboral. Su finalidad principal fue promover el acceso de las personas con discapacidad al mercado de trabajo ordinario, mejorando su empleabilidad y su integración

¹⁰⁷⁰ Véase ESTEBAN LEGARRETA, R., "La estrategia global de empleo de las personas con discapacidad. Un balance crítico tras su finalización", *op. cit.*, pág. 52, que señala que "[...] la Estrategia Global no esconde la falta de sintonía dentro del conjunto regulador, pero eso no lleva a aquel documento a expresar una clara voluntad de reforma general en el apartado de los objetivos operativos".

¹⁰⁷¹ Para un análisis extenso sobre la actuación europea en materia de discapacidad, véase el apartado 3.4 de este estudio, que examina cronológicamente los referentes de esta tendencia iniciada en 1974.

laboral, a través de “[...] un repertorio, con su correspondiente calendario de iniciativas y medidas normativas, programáticas y presupuestarias [...]”¹⁰⁷². Para ello, la Estrategia Global 2008 se construye a partir de tres tipos de objetivos: los de carácter general¹⁰⁷³, los objetivos operativos¹⁰⁷⁴ y los de naturaleza transversal. El núcleo duro de la estrategia se halla en los objetivos operativos, que se desarrollan detalladamente mediante noventa y tres líneas de actuación que persiguen una intervención concreta en determinados ámbitos *de variado contenido y desigual dificultad*¹⁰⁷⁵. A su vez, se añaden dos objetivos transversales, cuyo desempeño supone una mejora, a nivel ejecutivo y cualitativo, del cumplimiento de los objetivos generales y operativos, ya que facilitan y perfeccionan la conclusión con éxito de los mismos. De esta forma, el legislador fijó una meta concreta, constituida por los objetivos de carácter general, que se acometería mediante el cumplimiento de los objetivos operativos, que actúan a modo de hoja de ruta, y los objetivos de naturaleza transversal. Se aprecia, pues, el enfoque pragmático que asume la Estrategia, y la voluntad de huir de planteamientos excesivamente abstractos.

En este orden de cosas, la Estrategia Global 2008 destacó porque fija entre sus propósitos *mejorar la calidad del empleo y dignificar las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, combatiendo activamente su discriminación*¹⁰⁷⁶, y *una mayor contratación de personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario*¹⁰⁷⁷. Este esquema dual, basado en una perspectiva cualitativa y cuantitativa, abogó por fomentar la participación de la negociación colectiva

¹⁰⁷² Véase la disposición adicional duodécima de la Ley 43/2006.

¹⁰⁷³ En esta categoría, encontramos dos ítems: a) *augmentar las tasas de actividad y de ocupación, así como la inserción laboral de las personas con discapacidad*, y b) *mejorar la calidad del empleo y dignificar las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, combatiendo activamente su discriminación*.

¹⁰⁷⁴ Los objetivos operativos que se plasman en la Estrategia son los siguientes: a) Remover las barreras de todo tipo (socioculturales, legales y físicas, tanto arquitectónicas como de comunicación) que aún dificultan el acceso al empleo con discapacidad; b) potenciar la educación y la formación de las personas con discapacidad para favorecer su empleabilidad; c) diseñar nuevas políticas activas de empleo mejor adaptadas a las necesidades de las personas con discapacidad y mejorar su gestión; d) promover una mayor contratación de personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario; e) renovar el empleo protegido, preservando el dinamismo en la generación de empleo alcanzado en los últimos años y favoreciendo un mayor tránsito hacia el empleo ordinario; f) mejorar la calidad del empleo y de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, en particular combatiendo activamente su discriminación en el mercado de trabajo; y, finalmente, g) mejorar tanto los sistemas de recogida, análisis y difusión de la información en materia de empleo y personas con discapacidad como la coordinación de las políticas públicas de empleo desarrolladas por las Administraciones Públicas.

¹⁰⁷⁵ Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., “La estrategia global de empleo de las personas con discapacidad. Un balance crítico tras su finalización”, *op.cit.*, pág. 47.

¹⁰⁷⁶ Vid. objetivo operativo núm. 6 de la Estrategia Global de Empleo.

¹⁰⁷⁷ Vid. objetivo operativo núm. 4 de la Estrategia Global de Empleo.

mediante la *inclusión de medidas en los convenios colectivos para favorecer la contratación, formación, clasificación y promoción de trabajadores con discapacidad*¹⁰⁷⁸, y *facilitar el cumplimiento de la cuota, principalmente a través de la negociación colectiva, a la que podrían atribuirse legalmente competencias concretas*¹⁰⁷⁹. Las referencias a la integración cualitativa y cuantitativa en la Estrategia Global 2008 son constantes, y mostraron la preocupación del legislador respecto a igualar las condiciones de trabajo e incrementar la presencia de personas con discapacidad en entornos laborales ordinarios.

Un aspecto que llama especialmente la atención es la mención expresa a medidas de fomento de la eficacia de los ajustes razonables. El objetivo 6, denominado “mejorar la calidad del empleo y de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, en particular combatiendo activamente su discriminación en el mercado de trabajo” dedica su apartado B) a la plasmación de cuatro propuestas para mejorar la eficacia de la mencionada obligación. En concreto, el apartado B del objetivo 6 de la Estrategia Global 2008 sugirió incrementar la colaboración de los servicios públicos competentes para el asesoramiento sobre adaptación y ergonomía de puestos de trabajo, la creación de un reglamento que regule los aspectos de la obligación de realizar ajustes razonables, la redefinición e incremento de las ayudas para la adaptación del puesto de trabajo previstas en el RD 1451/1983, y por último, el estudio de la posibilidad de conceder ayudas para el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en situaciones de discapacidad sobrevenida. Las cuatro propuestas señaladas fueron sumamente positivas, pero adolecen de falta de concreción. Todas ellas partían de una premisa errónea: el cumplimiento estandarizado de los ajustes razonables. En efecto, esta obligación empresarial ha sido, y desafortunadamente sigue siendo, una medida totalmente desconocida¹⁰⁸⁰, tanto para trabajadores como empresarios. En consecuencia, los esfuerzos de la Estrategia Global 2008 debieron orientarse a fomentar la información y conocimiento de esta obligación empresarial, sin perjuicio de la inclusión de los aspectos que efectivamente se incluyeron en el apartado B del

¹⁰⁷⁸ Vid. objetivo operativo 6.11 de la Estrategia Global de Empleo.

¹⁰⁷⁹ Vid. objetivo operativo 4.6 de la Estrategia Global de Empleo.

¹⁰⁸⁰ Buena muestra de ello es la inexistencia de pronunciamientos judiciales a propósito de su cumplimiento o incumplimiento, tal y como se examinará en el apartado 6.1 de este estudio.

objetivo 6 que, aún siendo poco concretos y carentes de mecanismos para asegurar su ejecución, son sumamente acertados.

En líneas generales, el planteamiento de la Estrategia Global 2008 fue excesivamente ambicioso, tal y como ha señalado la doctrina¹⁰⁸¹. El elevado número de medidas y la falta de compromiso para plantear una reforma del marco legal básico del empleo de las personas con discapacidad, sumado a la situación de crisis económica que azotó el país durante el periodo de vigencia de la Estrategia Global 2008, se ha traducido, a efectos prácticos, en un escaso impacto de este instrumento¹⁰⁸².

A la Estrategia Global 2008 le siguió otro instrumento aprobado por el Gobierno: la EED. Este documento tuvo un alcance mucho más amplio que la Estrategia Global 2008, abarcando ámbitos tan diversos como la sanidad, la educación y formación, el empleo, la pobreza y exclusión social, la acción exterior o la nueva economía de la Discapacidad, entre otros. Como puede observarse, el objetivo principal de la EED fue desarrollar una política de integración que abarque acciones públicas de carácter general. En este punto, la influencia de la CIDPD fue innegable, asumiendo la mencionada estrategia un enfoque transversal que abarcó muchos de los aspectos que abordó la CIDPD.

Como viene siendo habitual en este tipo de documentos, la EED constaba de dos partes: una primera relativa a la situación actual de las personas con discapacidad y la definición de los principios inspiradores¹⁰⁸³, y un segundo bloque relativo al desarrollo de los objetivos estratégicos y la constatación de las medidas que constituyen el plan de acción propiamente dicho.

Sin ánimo de examinar la totalidad de las medidas, básicamente por cuestiones temáticas y de espacio, es necesario destacar que el texto de la EED tan sólo

¹⁰⁸¹ Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., "La estrategia global de empleo de las personas con discapacidad. Un balance crítico tras su finalización", *op. cit.*, pág. 46.

¹⁰⁸² Tal y como ha señalado *Ibid.*, pág. 70, las reformas llevadas a cabo por el legislador durante el periodo 2008-2012 no encuentran una conexión con los objetivos de la Estrategia Global 2008, dado que no se ha procedido a la creación de más puestos de trabajo en el medio ordinario, ni se produjo un equilibrio entre el empleo en el medio ordinario y los centros especiales de empleo.

¹⁰⁸³ En este caso, los principios inspiradores de este documento son no discriminación, vida independiente, normalización, accesibilidad y diseño universal, diálogo civil, transversalidad, participación, responsabilidad pública, integralidad, eficiencia, economía de la discapacidad, sensibilización y creatividad, tal y como se constata en las páginas 31 a 37 del mencionado documento.

contuvo una mención a los ajustes razonables, que se enmarca sorprendentemente en el apartado de los principios inspiradores, y concretamente, en el principio “imaginación y creatividad”. En particular, este principio se encargó de fomentar la búsqueda de soluciones creativas, debido a la complejidad de factores que afectan a la discapacidad, y debe relacionarse, según el documento, con el concepto de “ajustes razonables”.

Esta es la única mención destacable que la EED efectuó a una institución que la CIDPD sitúa como central en la materialización de la accesibilidad y en el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, y como puede observarse, es una mención vacía de contenido. De hecho, el documento contenía medidas estratégicas en ámbitos de actuación como el empleo y la accesibilidad, pero no se aprecia ninguna mención a propuestas que mejoren la eficacia y/o aplicación de los ajustes razonables. Nos encontramos, de nuevo, ante un defecto que ya se apreció en la Estrategia Global 2008: un planteamiento excesivamente abstracto, carente de medidas concretas encaminadas a fomentar efectivamente la integración de las personas con discapacidad. Es cierto que la ejecución de este documento se halla actualmente en la segunda mitad del periodo estipulado, y, en consecuencia, aún existe margen para incrementar los efectos, pero hasta el momento, la eficacia de este tipo de instrumentos es especialmente reducida, debido a su naturaleza jurídica y a un enfoque que no ofrece soluciones ajustadas a los problemas reales.

5.1.5. La incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al ordenamiento jurídico español: La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Tras la transposición de la Directiva 2000/78, el siguiente hito normativo en la evolución española del tratamiento normativo de la discapacidad fue la incorporación de la CIDPD al ordenamiento jurídico español. España fue de los

primeros países que la ratificó¹⁰⁸⁴, iniciando su vigencia el 3 de mayo de 2008. A partir de tal fecha, la CIDPD se integró en el ordenamiento jurídico español, de conformidad con el artículo 96.1 de la CE, y se requirió la adaptación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que recoge la CIDPD¹⁰⁸⁵.

Para ello, se dictó la Ley 26/2011. Esta norma viene a continuar la implementación del modelo social en el ordenamiento jurídico español¹⁰⁸⁶, ya iniciada mediante la LIONDAU, introduciendo una especial sensibilidad en la salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad. En esencia, el legislador pretendió trasladar la voluntad de la CIDPD consistente en la erradicación de la discriminación en distintos ámbitos de la vida pública y privada. Para ello, la Ley 26/2011 asumió un alcance muy amplio, modificando un total de diecinueve normas de ámbitos muy diversos¹⁰⁸⁷. De todos ellos, los cambios que merecen una especial atención a los efectos del presente estudio son los que afectaron a la LIONDAU, que fueron, con diferencia, los que asumieron una mayor extensión en el marco de la Ley 26/2011.

No obstante, conviene precisar en este momento que la progresiva tendencia que mostró el legislador a lo largo de los últimos años en la regulación del marco jurídico del tratamiento de las personas con discapacidad se tradujo en un impacto muy reducido de la CIDPD. En otras palabras, la Ley 26/2011 no

¹⁰⁸⁴ Así lo indica DE LORENZO GARCÍA, R., "Panorámica del impacto de la Convención en los derechos de las personas con discapacidad en España", *Anales de derecho y discapacidad*, 1, 2016, pág. 145.

¹⁰⁸⁵ Tal y como señala PÉREZ BUENO, L.C., "La Recepción de la Convención de la ONU en el Ordenamiento Jurídico Español: Ajustes necesarios", en PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.) y SASTRE, A. (ed.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 322 la modificación de un número elevado de normas como exigencia para adaptar el ordenamiento jurídico español a la CIDPD pone de relieve la inexistencia de un sistema jurídico de la discapacidad y el contraste frente a una Convención que es un tratado amplio e integral.

¹⁰⁸⁶ En esta misma línea, véase *Ibid.*, pág. 322, que señala que "de algún modo, los valores, principios, conceptos y obligaciones que lleva consigo la Convención, ya forman parte, a grandes rasgos, de nuestro ordenamiento jurídico, son Derecho Positivo".

¹⁰⁸⁷ Como muestra del amplio alcance, se introducen cambios en la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida o la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil, entre otras.

De hecho, la tarea de adaptación normativa la CIDPD ha sido especialmente intensa, incluso tras la aprobación de la Ley 26/2011, ya que, como señala DE LORENZO GARCÍA, R., "Panorámica del impacto de la Convención en los derechos de las personas con discapacidad en España", *op. cit.*, pág. 146, el número de normas adoptadas desde la ratificación de la CIDPD hasta 2016 asciende a un total de 42 leyes, 75 reales decretos y 14 órdenes ministeriales, sin perjuicio de las adaptaciones normativas efectuadas a nivel autonómico.

introdujo grandes cambios, así como tampoco modificó el paradigma imperante en el ordenamiento jurídico español, sino que se limitó únicamente a actualizar distintas disposiciones en aras de dar cumplimiento al artículo 4 de la CIDPD, que exige a los Estados Parte la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en el mencionado instrumento internacional.

Entrando a analizar los cambios más importantes que afectaron a la LIONDAU, el artículo 1 de la Ley 26/2011 se encargó de renovar el contenido de diversas disposiciones de la LIONDAU, entre las que destacaron la ampliación del significado del principio de igualdad de oportunidades (artículo 1.1 de la Ley 26/2011) y del concepto de persona con discapacidad (artículo 1.2 de la Ley 26/2011), y la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en los que existan indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad (artículo 1.9 de la Ley 26/2011).

La primera modificación sobre la que conviene detenerse fue la introducida en el marco del artículo 1.1 de la LIONDAU. Mediante la adaptación normativa a la CIDPD, el legislador concretó el significado del principio de igualdad de oportunidades en la dimensión relativa a la ausencia de discriminación, añadiendo la expresión “[...] por motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”. De forma muy positiva, esta modificación del artículo 1.1 de la LIONDAU incorporó una nueva dimensión dentro del significado de igualdad de oportunidades, clarificando que la ausencia de discriminación incluye ineludiblemente la distinción, exclusión o restricción en el disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Cabe señalar que quizás la introducción de la citada expresión puede parecer superflua, pues una interpretación amplia de “ausencia de discriminación” ya hubiere permitido su inclusión, pero el legislador quiso manifestar explícitamente su incorporación, de forma acertada, y en mi opinión coherente con la ratificación de la CIDPD. Así, se

plasmó una declaración de intenciones que tuvo una trascendencia capital en la construcción de todos los derechos de las personas con discapacidad que reivindica la CIDPD, ya que ha permitido sostener que cualquier obstáculo que impida ese ejercicio de derechos vulnera el principio de igualdad de oportunidades. En consecuencia, se ha producido una expansión del concepto de discriminación por razón de discapacidad.

En segundo lugar, el artículo 1.2 de la Ley 26/2011 contempló la modificación del artículo 1.2 de la LIONDAU, relativo al concepto de persona con discapacidad. En particular, el legislador, continuando con la pretensión de ampliar la protección de las personas con discapacidad, incorporó aquí dos cuestiones interesantes: la ampliación del concepto de persona con discapacidad y la aplicación de las medidas de defensa, arbitraje y judiciales de forma independiente al reconocimiento oficial de la condición de persona con discapacidad y/o su transitoriedad.

A propósito de la definición de persona con discapacidad, el legislador incorporó la afectación de elementos contextuales a la conceptualización de este colectivo, manteniendo paralelamente las situaciones clásicas de discapacidad del modelo médico a través de la inclusión de aquellas personas reconocidas con un grado igual o superior al 33% de discapacidad y los pensionistas de incapacidad permanente en cualquier grado salvo parcial. De esta manera, se encajó así la caracterización histórica dentro del ámbito de la nueva definición de persona con discapacidad, sin que se haya producido, desafortunadamente, una ruptura más contundente con el modelo médico, que era perfectamente posible¹⁰⁸⁸, pero de ejecución sumamente compleja¹⁰⁸⁹. Ahora bien, la definición de la LIONDAU

¹⁰⁸⁸ En efecto, el concepto de persona con discapacidad de la CIDPD no presenta óbice alguno al reconocimiento como persona con discapacidad de las situaciones de discapacidad reconocidas históricamente. El artículo 1 de la CIDPD define persona con discapacidad como *aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*, concepto este suficientemente amplio que permite sostener que las personas que tengan reconocida una incapacidad permanente o un grado de discapacidad igual o superior al 33 % se integran en este colectivo.

¹⁰⁸⁹ La coexistencia de ambas situaciones obedece probablemente a la dificultad que presenta eliminar el sistema de reconocimiento de grados de discapacidad. Dicho en otras palabras, España no se hallaba preparada para una plena transición hacia un concepto de persona con discapacidad tributario única y exclusivamente del modelo social, procediendo en consecuencia a una recepción que amplía el concepto de persona con discapacidad, pero no abandona sus raíces en el modelo médico de tratamiento.

coexistió con la definición incluida en la LISMI¹⁰⁹⁰, que es sustancialmente distinta¹⁰⁹¹. La coexistencia de normas reguladoras sobre el concepto de discapacidad en el ordenamiento jurídico español no ha sido una cuestión nueva¹⁰⁹², pero en este caso generó problemas de coherencia jurídica, pues cada una de las definiciones era muy distinta de la otra. En este punto, hubiere sido recomendable que el legislador introdujese asimismo la modificación del concepto de persona con discapacidad en la LISMI, a fin de asimilar ambas definiciones de persona con discapacidad, pero la unificación del concepto de persona con discapacidad no llegaría hasta la entrada en vigor de la LGDPCD.

Otra de las novedades que más llama la atención desde el plano del ejercicio de los derechos ha sido la posibilidad de aplicar las medidas de protección (defensa, arbitraje y judiciales) independientemente del reconocimiento de la condición de persona con discapacidad según los estándares del modelo médico imperante hasta el momento. La inclusión de este párrafo fue, probablemente, una enorme apuesta por la implementación efectiva del modelo social de tratamiento de la discapacidad en la esfera de los derechos, ya que eliminó la hipotética discusión relativa a qué medidas serían aplicables a aquellas personas con discapacidad reconocidas como tales, ex artículo 1 de la CIDPD, pero cuya condición de persona con discapacidad no era reconocida médicamente. En este sentido, el legislador materializó la voluntad de borrar las fronteras entre el modelo médico, que presidía hasta el momento el reconocimiento de la condición de persona con discapacidad, y el modelo social, acercándose así a una implementación plena del paradigma social de tratamiento de la discapacidad en materia de protección del ejercicio de los derechos que propugna la CIDPD.

¹⁰⁹⁰ Para un examen en profundidad sobre esta cuestión, véase ESTEBAN LEGARRETA, R., "El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013", *op. cit.*, págs. 16-18.

¹⁰⁹¹ La definición del concepto de persona con discapacidad en la LISMI la encontramos en el artículo 7.1, que califica como tal a "*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*".

¹⁰⁹² *Vid.* FALGUERA BARO, M.A., "El reconocimiento de la condición de discapaz por la concesión de grado de invalidez permanente en el régimen de la Seguridad Social", en ITURRI GÁRATE, J.C. (DIR.), *La protección jurídica civil, penal, administrativa y social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 123 y ss, que señala la convivencia en nuestro ordenamiento de tantas definiciones de discapacidad como normas reguladoras sobre la cuestión.

Por último, el artículo 1.9 de la Ley 26/2011 modificó la redacción del artículo 20.1 de la LIONDAU, incrementando la protección procesal en supuestos de discriminación por razón de discapacidad. Concretamente, el legislador convirtió la potestad de que el juez pueda exigir al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y su proporcionalidad en supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad en una facultad obligatoria, siempre y cuando se deduzca la existencia de graves indicios de discriminación por discapacidad. Esta modificación trasladó el contenido del artículo 10 de la Directiva 2000/78, que se transpuso en el ordenamiento jurídico español mediante el artículo 40.1 de la Ley 62/2003, al ámbito de aplicación material de la LIONDAU, ampliando así la protección que ofrece la Directiva 2000/78 a esferas de actuación ajenas al empleo.

Sin embargo, llama la atención la sustitución de la expresión “graves indicios de discriminación directa e indirecta por razón de discapacidad” por “indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad”. La eliminación de la exigencia del carácter grave fue, sin lugar a dudas, una clara muestra del compromiso del legislador con la voluntad de la CIDPD, permitiendo así que cualquier comportamiento discriminatorio por razón de discapacidad invierta la carga de la prueba. Otro aspecto que no puede pasar inadvertido es el cambio hacia una expresión genérica de discriminación por razón de discapacidad, eliminando así su aplicación únicamente a discriminaciones directas e indirectas. Esta cuestión ha sido sumamente importante respecto a la inversión de la carga de la prueba en supuestos de denegación de ajustes razonables en el empleo, pretensión esta cuya jurisdicción competente es la social¹⁰⁹³. Hasta la fecha, la plasmación de la inversión de la carga de la prueba únicamente en supuestos de discriminación directa e indirecta planteaba dudas sobre si operaba este mecanismo en supuestos de denegación de ajustes razonables en el empleo, más aún si tenemos en cuenta el silencio normativo respecto a su calificación como discriminación indirecta o indirecta. De esta manera, el legislador ha ofrecido una solución que casa perfectamente con el planteamiento integrador de

¹⁰⁹³ La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo, plasmada en el marco del artículo 5 de la Directiva 2000/78 y cuya configuración actual se halla en el artículo 40.2 de la LGDPCD, surge como consecuencia del contrato de trabajo, y, en consecuencia, se incardina en el ámbito del orden jurisdiccional social ex artículo 2 de la LRJS.

la CIDPD, ampliando el ámbito de aplicación de la inversión de la carga de la prueba a este tipo de situaciones.

5.1.6. La manifestación más reciente del modelo social: El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social

Tras un largo periodo de dispersión normativa en materia de integración de personas con discapacidad, el legislador optó, fruto de las peticiones del movimiento asociativo de la discapacidad¹⁰⁹⁴, por refundir en 2013 las principales normas en materia de discapacidad en un solo texto¹⁰⁹⁵. El resultado fue la LGDPCD, un texto de naturaleza armonizadora, pero influido notablemente por la CIDPD¹⁰⁹⁶, que viene a dar cumplimiento al mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011, y clarifica así la relación entre instituciones, y especialmente entre los ajustes razonables genéricos (LIONDAU) y en el ámbito del empleo (LISMI), que han coexistido fruto de la existencia de distintas regulaciones.

La estructura de la LGDPCD continúa la vocación transversal que plasmó la CIDPD, que se justifica parcialmente debido a la naturaleza de texto refundido de la LGDPCD, e incluye un lenguaje de derechos que la sitúa como norma de avance en la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad¹⁰⁹⁷. Esta norma regula de manera coherente y unitaria ámbitos de actuación tan diversos como la autonomía de las personas con discapacidad, el derecho a la protección

¹⁰⁹⁴ En este sentido, véase DE LORENZO GARCÍA, R., “Panorámica del impacto de la Convención en los derechos de las personas con discapacidad en España”, *op. cit.*, pág. 146, y, de forma más crítica, ESTEBAN LEGARRETA, R., “Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, pág. 53-55.

¹⁰⁹⁵ Concretamente, refundió la LISMI, La LIONDAU y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

¹⁰⁹⁶ *Vid.* DE LORENZO GARCÍA, R., “Panorámica del impacto de la Convención en los derechos de las personas con discapacidad en España”, *op. cit.*, pág. 146; ROMEO DELGADO, M. *ET AL*, “De la Ley de Integración Social de Minusválidos a la Ley General de Discapacidad: retos y oportunidades”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 397, 2016, pág. 95; y ESTEBAN LEGARRETA, R., “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013”, *op. cit.* pág. 17.

¹⁰⁹⁷ *Vid.* DE ASIS ROIG, R., “Unas primeras reflexiones sobre la Ley general de derechos de las personas con discapacidad”, *Papeles: el tiempo de los derechos*, núm. 12, 2013, pág. 2.

a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la vida independiente o el derecho de participación en asuntos públicos, entre otros. De esta manera, la LGDPCD asume el esquema de derechos de la CIDPD y manifiesta una especial sensibilidad por incrementar la efectividad de los derechos del citado instrumento internacional, aunque también introduce algunos matices que la apartan de sus principios¹⁰⁹⁸.

En este punto, es necesario apuntar que la modificación de ciertas disposiciones de las normas refundidas, entre otras que se señalarán a continuación, hace cuestionar el correcto uso del real decreto legislativo como norma de refundición. En efecto, el carácter *ultra vires* de algunos apartados de la norma, que ya ha sido advertido por la doctrina¹⁰⁹⁹, puede apreciarse ya no sólo por la omisión de explicación alguna en el preámbulo a propósito de la justificación exigida al amparo del artículo 82 de la CE, sino por la adaptación de algunos aspectos del ordenamiento jurídico español a la CIDPD que no se llevaron a cabo por la Ley 26/2011¹¹⁰⁰. De hecho, existe una modificación normativa, de carácter añadido a las señaladas por Esteban Legarreta, sobre la que debe prestarse especial atención, dado que reafirma la extralimitación de la naturaleza refundidora de la LGDPCD, y se halla estrechamente vinculadas al objeto de este estudio. Concretamente, el artículo 2.d de la LGDPCD elimina la consideración como discriminación indirecta del incumplimiento de exigencias en materia de accesibilidad, que fue establecida por el artículo 6.2 de la LIONDAU¹¹⁰¹. Técnicamente, este incumplimiento sigue considerándose una vulneración del

¹⁰⁹⁸ El ejemplo más claro lo hallamos en el principio de preferencia del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario, que fue apuntado por ESTEBAN LEGARRETA, R., "Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad", *op. cit.*, págs. 70-75.

¹⁰⁹⁹ *Vid. Ibid.*, págs. 55-61 y PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad*, *op. cit.*, pág. 168.

¹¹⁰⁰ Tal y como señala ESTEBAN LEGARRETA, R., "Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad", *op. cit.* pág. 62-63, las modificaciones que lleva a cabo la LGDPCD, más allá de las funciones propias de refundición, son: a) la mención a la discriminación por asociación (artículo 2.e de la LGDPCD); b) la inclusión de nuevos principios en el marco del artículo 3 de la LGDPCD (apartado d, j y l); y, de forma más limitada, c) la inclusión de diversos apartados en los artículos 53 y 54.1 de la LGDPCD, que reproducen aspectos del artículo 29 de la CIDPD no integrados mediante la Ley 26/2011.

¹¹⁰¹ Su introducción en la LIONDAU se justificó por el legislador en el apartado I *in fine* de su preámbulo en los siguientes términos: "La no accesibilidad de los entornos, productos y servicios constituye, sin duda, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación, de discriminación indirecta en este caso, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquellas que no lo son, al igual que ocurre cuando una norma, criterio o práctica trata menos favorablemente a una persona con discapacidad que a otra que no lo es. Convergen así las corrientes de accesibilidad y de no discriminación."

derecho a la igualdad de oportunidades, pero como puede observarse en el marco del artículo 63 de la LGDPCD, su mención aparece diferenciada de los conceptos de discriminación directa e indirecta¹¹⁰². La cuestión que surge inevitablemente es determinar si este cambio se halla amparado en la naturaleza normativa de un Real Decreto Legislativo. Las directrices que ha subrayado el Tribunal Constitucional a propósito de la interpretación del artículo 82.5 de la CE indican la posibilidad de introducir normas adicionales y complementarias a las que son objeto de refundición siempre que sea necesario colmar lagunas, precisar su sentido o lograr coherencia¹¹⁰³, o depurar técnicamente los textos a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias en la regulación precedente¹¹⁰⁴. A la luz de estas indicaciones, esta modificación introducida en la LGDPCD no parece ajustarse a ninguna de las situaciones relatadas, dado que el incumplimiento en materia de accesibilidad ya se hallaba claramente conceptualizado como una forma de discriminación indirecta.

A propósito de su contenido, mención especial merece la configuración del concepto de persona con discapacidad plasmada en la LGDPCD. Las definiciones incluidas sobre esta materia en las leyes refundidas (LISMI i LIONDAU) plantearon una situación de difícil solución, pues las definiciones eran, como ya hemos visto, muy distintas. El artículo 4 de la LGDPCD conceptualiza a las personas con discapacidad desde una doble perspectiva: a) una más próxima al modelo social¹¹⁰⁵, caracterizada como *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*, y b) otra que es más cercana al modelo médico, pues reconoce la consideración de personas con discapacidad a *aquellas personas a quienes se les haya reconocido un grado de*

¹¹⁰² El contenido del artículo 63 de la LGDPCD señala que: “Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, definidas en el artículo 4.1, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas.”

¹¹⁰³ Véase el Fundamento Jurídico 16º de la STC núm. 13/1992, de 6 de febrero.

¹¹⁰⁴ Véase el fundamento jurídico 8º de la STC núm. 166/1997, de 4 de julio.

¹¹⁰⁵ Así lo señalan GOÑI SEÍN, J.L.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, cit. pág. 49; ESTEBAN LEGARRETA, R., “Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, pág. 69; DE ASIS ROIG, R., “Unas primeras reflexiones sobre la Ley general de derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, pág. 4.

discapacidad igual o superior al 33 por ciento, incluyendo expresamente dentro de esta categoría a 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.

Como puede observarse, el legislador opta por incorporar ambas definiciones en la LGDPCD, introduciendo algunos matices no menores¹¹⁰⁶, aproximándose más al concepto social de la LIONDAU que al médico de la LISMI. Su prevalencia se deduce de la distinción que realiza el legislador en el marco del artículo 4 de la LGDPCD, dado que se opta por separar ambas definiciones en dos apartados distintos, situándose en primer lugar el concepto de persona con discapacidad más cercano al modelo social. En mi opinión, la norma es consciente de la necesidad de evolucionar la definición de este concepto, dejando atrás aquellas conceptualizaciones más próximas al modelo médico. Es por ello que el legislador, consciente del compromiso internacional que España asumió al ratificar la CIDPD, sitúa de forma coherente la definición tributaria de este tratado internacional en primer lugar. Así, la referencia al paradigma médico aparece como accesoria, a efectos de mantener incluidas explícitamente la definición que históricamente ha caracterizado a las personas con discapacidad, e iniciar la transición hacia un concepto de discapacidad plenamente social.

Llegados a este punto, conviene detenerse en una modificación que introduce la LGDPCD a propósito de la necesaria nota temporal que deben presentar las deficiencias para ser consideradas una discapacidad. Con anterioridad a la aprobación del texto refundido, el artículo 1.2 de la Ley 26/2011 había adaptado la definición de persona con discapacidad de la LIONDAU a la plasmada en el artículo 1 de la CIDPD, tal y como ya se ha examinado en este estudio. Tal modificación estableció la necesidad de que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales ostentasen una duración *a largo plazo*. El artículo 4.1

¹¹⁰⁶ Tal y como señala PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad*, op. cit., pág. 168 y 169, la LGDPCD elimina la precisión del origen médico de las deficiencias que aparecía en la LIONDAU y modifica la expresión "puedan impedir" por "limiten o impidan" en relación con las barreras y la participación de las personas con discapacidad, entre otros cambios.

de la LGDPCD sustituye la expresión “a largo plazo”, que es originaria de la CIDPD, por otra de carácter más limitativo, a saber “previsiblemente permanentes”. Este cambio, no justificado ni referido en el preámbulo, modifica sensiblemente el concepto de persona con discapacidad. En efecto, nos encontramos ante un cambio normativo que exige una mayor carga probatoria para su existencia, ya que el significado de “larga duración” no implica un carácter permanente, connotación inherente *prima facie* en “previsiblemente permanentes”. La expresión “larga duración”, que si bien no se halla conceptualizada en la CIDPD¹¹⁰⁷, presenta una enorme flexibilidad en su interpretación, que permitía abarcar un abanico muy amplio de situaciones. La introducción de una expresión distinta, como es “previsiblemente permanentes”, suscita la necesidad de demostrar el carácter permanente de la deficiencia, cuestión esta sobre la que la CIDPD no se pronunciaba, dejando así un margen considerable a los tribunales de los Estados Partes y al TJUE para su interpretación. Tal circunstancia evidencia, en mi opinión, que el legislador modificó, con carácter limitador y *ultra vires*, el concepto de discapacidad, dado que precisa la expresión “larga duración” y plasma un obstáculo que puede dificultar su aplicación como expresión del paradigma social de tratamiento de la discapacidad. En términos de aplicación práctica, este cambio normativo restringe el reconocimiento de ciertas patologías como discapacidad, especialmente de aquellas que se manifiestan de forma episódica y cuya determinación como permanentes es incierta¹¹⁰⁸. En este sentido, la expresión “larga duración” ofrece la posibilidad de considerarlas como discapacidad si los efectos se manifiestan durante un largo tiempo, circunstancia esta vedada en el caso de la expresión “previsiblemente permanentes”, que exigiría un carácter definitivo o una cierta constancia en la manifestación de la patología que en ocasiones no se produce periódicamente.

¹¹⁰⁷ No obstante, conviene advertir que el TJUE ha dotado de contenido a esta expresión mediante la Sentencia de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

Para un examen en profundidad sobre este pronunciamiento judicial, véase el epígrafe 3.5.6 de este estudio.

¹¹⁰⁸ Algunos ejemplos de estas situaciones se pueden hallar en pacientes con enfermedades raras, como por ejemplo el trastorno de asperger, el síndrome de Dravet, síndrome de Sjögren, entre muchas otras.

Para un examen más en profundidad sobre la protección laboral de este tipo de enfermedades, véase FERNÁNDEZ MARTINEZ, S., “L’evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un’inclusione delle malattie croniche?”, *Diritto delle relazioni industriali: rivista della Associazione lavoro e ricerca*, vol. 27, 1, 2017, págs. 74-97 y FERNÁNDEZ MARTINEZ, S., “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, 1, 2015, págs. 1-17.

Paralelamente, plantea serias dudas a propósito de la compatibilidad de la expresión “previsiblemente permanentes” con el Derecho de la UE¹¹⁰⁹, a la luz de la interpretación del concepto “larga duración” efectuada en la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15. Los problemas surgen, esencialmente, del examen del apartado 56 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15 y del apartado 47 de las conclusiones de ese mismo asunto, de 26 de mayo de 2016, C-395/15, EU:C:2016:371. Una lectura integradora de ambos apartados exige tomar en consideración que *“la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, [...] que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona¹¹¹⁰”* o *“persistir más allá del tiempo medio necesario para curar una herida como la que sufre¹¹¹¹”*. Como puede observarse, la expresión “previsiblemente permanentes”, y especialmente la inclusión de la palabra “permanentes”, dificulta una aplicación acorde con el Derecho de la UE, básicamente porque no abarca dentro del concepto de persona con discapacidad la prolongación significativa de la incapacidad antes del restablecimiento. En otras palabras, el legislador español exige, a la luz de la nueva definición de persona con discapacidad, un plus añadido que limita la amplitud y flexibilidad propia de la expresión “larga duración”, reduciendo así el número de situaciones que podría beneficiarse de las medidas de protección contra la discriminación destinadas a este colectivo.

En otro orden de cosas, la LGDPCD mantiene la estructura de los ajustes razonables como medida de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad. Su definición, en el ámbito del artículo 2.m de la LGDPCD se complementa con el mantenimiento de la estructura dual de la aplicación en distintos ámbitos de la mencionada obligación. En particular, el artículo 40 de la LGDPCD instrumenta dicha obligación en el ámbito laboral, que anteriormente se

¹¹⁰⁹ La CIDPD fue firmada por la UE el 30 de marzo de 2007 y ratificada el 23 de diciembre de 2010. Esta circunstancia planteó dudas respecto a la relación entre la CIDPD y la Directiva 2000/78, que regula la no discriminación de las personas con discapacidad en el empleo, que se analizaron en el marco de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222. Para un estudio en profundidad de las implicaciones y una visión doctrinal sobre esta cuestión, véase el apartado 3.5.3 de esta obra.

¹¹¹⁰ Véase el apartado 56 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

¹¹¹¹ Véase el apartado 47 de las conclusiones de la Abogado General de 26 de mayo de 2016, C-395/15, EU:C:2016:371.

hallaba regulada en la LISMI, y el artículo 66.1 de la LGDPCD prevé la obligación con carácter general, incorporada en la LIONDAU. Destaca positivamente la clara voluntad de penalizar el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en todos sus ámbitos, ya que el artículo 63 de la LGDPCD contempla explícitamente su infracción como vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades y se prevé, en los artículos 80 a 88 de la LGDPCD, un régimen de infracciones, a tipificar por el legislador autonómico, cuyas sanciones pueden oscilar entre 301 y 1.000.000 euros. En este punto, debe señalarse que la refundición cumple su propósito de forma muy correcta, y, de hecho, es sumamente positiva la incorporación de ambas modalidades claramente diferenciadas en el marco de un único texto normativo.

Por último, centrándonos en el ámbito laboral, el artículo 40.2 de la LGDPCD reproduce literalmente el contenido del derogado artículo 37.bis.2 de la LISMI, sin que se haya producido ninguna modificación en la caracterización de la citada obligación. Llama la atención, respecto a este punto, la *voluntas legislatoris*, ex artículo 23.2.d de la LGDPCD, de adoptar “[...] *normas internas en las empresas o centros que promuevan y estimulen la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación a las personas con discapacidad, incluidos los ajustes razonables*”. Sin perjuicio de que a día de hoy no exista publicado instrumento alguno que permita valorar la eficacia de este mandato, todo apunta a que es muy probable que el Gobierno apruebe un reglamento que regule detalladamente la obligación de realizar ajustes razonables, y, por ende, desarrolle esta posibilidad en profundidad.

5.2. La configuración actual de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo a las personas con discapacidad

5.2.1. La caracterización de la obligación

A) La naturaleza de la obligación

La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo se halla contemplada en el artículo 40.2 de la LGDPCD. Según este precepto, el empresario está obligado a *adoptar las medidas adecuadas con el fin de permitir a las personas con discapacidad puedan acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.*

Una primera característica que podemos destacar de la configuración española de esta obligación es su carácter universal¹¹¹². El planteamiento del legislador se construye apoyándose en la flexibilidad que ofrece esta institución. Así, la ambigüedad inherente en la expresión “medidas adecuadas”, junto a la exigencia de que éstas se apliquen “en función de las necesidades de cada situación concreta” permite ofrecer soluciones particulares para cada situación. Sin embargo, este esquema plantea problemas de cumplimiento de este deber empresarial, pues dificulta sustancialmente la identificación de los ajustes a realizar y su tipología, generándose, en abstracto, infinitas opciones de ajuste.

A ello debe sumársele el silencio a propósito de cómo debe llevarse a cabo el cumplimiento de esta obligación o cómo proceder en caso de desacuerdo entre empresario y trabajador. La falta de una norma de desarrollo de la obligación agrava este problema, y deja patente la necesidad y urgencia de regular de forma más concreta esta institución, especialmente respecto a los tiempos de ejecución, la detección y discusión de las *medidas más adecuadas* y la resolución de las posibles controversias que aparezcan durante el cumplimiento de la obligación.

¹¹¹² Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R.; NUÑEZ GONZÁLEZ, C., “Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo”, *op. cit.* pág. 571.

En este punto, no puede omitirse, como sugerencia, la adopción de un sistema similar al establecido en Estados Unidos, denominado “proceso interactivo”. Sin ánimo de exponer la configuración de esta medida procesal estadounidense, aspecto tratado en uno de los apartados de este estudio¹¹¹³, sus ventajas en una hipotética implementación en el ordenamiento jurídico español se traducen, esencialmente, en la eliminación de la inseguridad jurídica que preside actualmente el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. Fundamentalmente, este mecanismo permitiría detectar las necesidades resultantes de la discapacidad y consensuar el ajuste razonable a realizar, documentando así el cumplimiento de la obligación, y en su caso, facilitando el examen en sede judicial.

Otro aspecto que evidencia la configuración de la obligación es su naturaleza multinivel. Como puede observarse, nos encontramos ante un deber empresarial que puede ser ejecutado con distintas finalidades, a saber, para “[...] acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación [...]”. Esta delimitación incluye prácticamente la totalidad de las vicisitudes de la relación laboral, y supone que podamos hablar de una caracterización permanente y dinámica de la obligación, que permitirá exigir su cumplimiento en cualquier momento de la relación laboral, o incluso en un estado previo a esta¹¹¹⁴.

Ahora bien, el alcance objetivo de la obligación plantea dudas respecto a la naturaleza de su cumplimiento. En otras palabras, la cuestión es si nos encontramos ante una obligación de tracto único o sucesivo. La importancia de esta cuestión no es baladí, pues determinará si el deber de realizar ajustes razonables se limita a una o varias actuaciones en un momento puntual, y, por lo

¹¹¹³ Véase el apartado 4.1.3.B de este estudio, que analiza en profundidad en que consiste el denominado proceso interactivo.

¹¹¹⁴ En este punto, conviene advertir de las dificultades procesales que presenta la exigencia del cumplimiento de esta modalidad, si bien no serán analizadas en profundidad por razones de espacio. La falta de vinculación jurídica entre el trabajador con discapacidad y el empleador aparece como un obstáculo para la reclamación de los ajustes necesarios para la incorporación del trabajador, pero no es de carácter insalvable. El artículo 2.a de la LRJS incluye inexorablemente este tipo de demandas en el ámbito de la jurisdicción social, ya que, aunque no exista vínculo jurídico, el deber empresarial objeto de estudio es una obligación que puede nacer en una fase previa del contrato de trabajo, pero contextualizada en el ámbito de la relación laboral, de forma similar a aquellas situaciones en las que se reclama judicialmente por el incumplimiento de un precontrato.

tanto, en qué momento se extinguirá la obligación. La respuesta a esta cuestión exige el examen, como punto de partida, del artículo 40.2 de la LGDPCD. El apartado 2 del citado precepto incluye la obligación de “[...] *adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa [...]*”. Tal y como puede observarse, el término “adoptar” no incluye referencia alguna al mantenimiento de las mismas, es decir, la norma no apuesta por mantener el deber de realizar ajustes razonables a lo largo de la relación laboral, a diferencia de lo previsto en el artículo 40.1 de la LGDPCD¹¹¹⁵. Esta circunstancia podría dar lugar a una aplicación literal estricta, que apoyaría una caracterización como obligación de tracto único, toda vez que la exigencia de realizar ajustes razonables coexiste en cada uno de los ámbitos, y una vez efectuados, la obligación quedaría extinguida.

Sin embargo, si partimos de que la Directiva 2000/78 otorga *un papel importante a las medidas de adaptación a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad*¹¹¹⁶, con la finalidad de *promover un mercado de trabajo favorable a la integración social*¹¹¹⁷, podemos afirmar que nos encontramos ante una obligación de tracto sucesivo, que se extendería desde el momento previo de acceso al empleo hasta la extinción del vínculo. En particular, el artículo 40.2 de la LGDPCD exige que la previsión de las medidas adecuadas se efectúe para permitir el desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo, entre otros fines. Esta mención evidencia una voluntad normativa de sostener el cumplimiento de esta obligación durante el tiempo que dure la prestación laboral. Por lo tanto, el deber de adoptar las medidas adecuadas ex artículo 40.2 de la LGDPCD podrá ser exigido a lo largo de toda la relación laboral, e incluso previamente con el fin de acceder al empleo, sin que su cumplimiento suponga la extinción de la obligación. En otras palabras, la norma permite la revisión o modificación de las medidas adoptadas ex artículo 40.2 de la LGDPCD durante el desarrollo de la relación laboral. Aún así, sería muy conveniente que el legislador modificase la actual redacción del artículo 40.2 de la LGDPCD en consonancia

¹¹¹⁵ El artículo 40.1 de la LGDPCD sí que menciona de forma explícitamente que el principio de igualdad de trato no impedirá la adopción o mantenimiento de medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad, como garantía para asegurar la igualdad en el empleo de las personas con discapacidad.

¹¹¹⁶ *Vid.* considerando 16 de la Directiva 2000/78 CE.

¹¹¹⁷ *Vid.* considerando 8 de la Directiva 2000/78.

con la finalidad de la norma. De este modo, sería aconsejable introducir, junto al término “adoptar”, la expresión “[...] y mantener”, en relación con la previsión de las medidas adecuadas, tal y como efectúa el artículo 40.1 de la LGDPCD.

B) El ámbito subjetivo de la obligación

Desde un punto de vista subjetivo, el cumplimiento de la obligación objeto de estudio corresponde a los empleadores. La LGDPCD no establece ninguna condición que el empresario deba cumplir, a diferencia de otras legislaciones¹¹¹⁸, lo que es sumamente positivo porque permite una aplicación homogénea de la obligación. De esta manera, se exige el cumplimiento de este mecanismo a cualquier empleador, independientemente de sus características o dimensiones. De hecho, debe destacarse que su incidencia como mecanismo de acceso al empleo es especialmente intensa en aquellas empresas de menor dimensión en las que no existe obligación de reservar puestos de trabajo para personas con discapacidad¹¹¹⁹, pero, a la luz del artículo 40.2 de la LGDPCD, podrán solicitarse los ajustes del puesto de trabajo pertinentes.

Paralelamente, el sujeto que podrá exigir el cumplimiento de la obligación será cualquier persona con discapacidad que preste o vaya a prestar servicios para la organización o empresa obligada a realizar el ajuste, así como cualquier trabajador que adquiera dicha condición a lo largo de la relación laboral, ya sea a causa de un accidente o una enfermedad¹¹²⁰. Sin ánimo de entrar a valorar el concepto de persona con discapacidad¹¹²¹, resulta de interés reflexionar sobre dos cuestiones de enorme incidencia en el deber empresarial objeto de estudio: el

¹¹¹⁸ El exponente de referencia es Estados Unidos de América, que establece la exigencia de esta obligación sólo a aquellos empresarios, administraciones locales o estatales, agencias de empleo o sindicatos que hayan contratado 15 o más empleados en un periodo de 20 semanas. Para un examen en profundidad, véase el apartado 4.1.3.a de esta obra.

¹¹¹⁹ El artículo 42.1 de la LGDPCD prevé que la obligación de reservar puestos de trabajo para personas con discapacidad será exigible a aquellas empresas que empleen a 50 o más trabajadores.

¹¹²⁰ Véase el apartado 40 de la STJUE, de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, que clarificó que la causa de la discapacidad no condiciona la aplicación del principio de igualdad de trato. Es decir, que el concepto de persona con discapacidad ignora el origen de esta, y, por lo tanto, integra aquellas discapacidades de nacimiento, las debidas a accidentes o las enfermedades que puedan ser asimiladas a la discapacidad.

¹¹²¹ A tal efecto, véase RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *op. cit.*, págs. 89-96; GOÑI SEIN, J.L.; RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 47-162 y ESTEBAN LEGARRETA, R., “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013”, *op. cit.* pág. 13-39.

conocimiento de la discapacidad por el empresario y la exclusividad de las personas con discapacidad como únicos sujetos que pueden exigir y beneficiarse de esta obligación.

En primer lugar, la discapacidad es una circunstancia que afecta a la esfera de la salud del trabajador, y, por lo tanto, se inscribe en el ámbito de su privacidad. Sin embargo, la obligación de realizar ajustes razonables sólo es aplicable a aquellos trabajadores o futuros trabajadores que sean reconocibles como personas con discapacidad al amparo del artículo 4.1 de la LGDPCD. Tal hecho exige considerar si debe conocer la discapacidad para que se halle obligado al cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. O, en otras palabras, si el empresario puede solicitar información del estado de salud del trabajador, a fin y efecto de detectar si está obligado al cumplimiento del deber empresarial de realizar ajustes razonables, y evitar así la posible nulidad de las decisiones empresariales que afecten a este trabajador.

Un primer examen normativo, tanto nivel europeo como español, permite observar que existe un silencio normativo absoluto sobre esta cuestión, circunstancia esta muy típica desde una perspectiva comparada¹¹²². En efecto, la Directiva 2000/78 y el artículo 40.2 de la LGDPCD se encargan de identificar que deberán adoptarse los ajustes razonables necesarios para permitir que las personas con discapacidad puedan integrarse laboralmente, pero no detallan en que momento debe acreditarse dicha condición.

Si tenemos en cuenta la naturaleza sensible de la información médica del trabajador, elemento clave para determinar si la patología puede ser considerada una discapacidad, la solicitud de información respecto de la discapacidad a iniciativa del empresario debería descartarse. Esta circunstancia otorga al deber

¹¹²² Así, países como Estados Unidos o Canadá, que son considerados como referentes en la protección de los trabajadores con discapacidad no han legislado sobre esta cuestión. Reino Unido ha sido, junto con Holanda, Letonia e Irlanda, uno de los pocos países que ha regulado esta cuestión. La sección 20.1 del Anexo "Schedule 8" de la EqA establece que no será exigible la obligación de realizar ajustes razonables si el empresario no conocía o no podía conocer razonablemente la discapacidad del trabajador o sus efectos adversos, tal y como ya se apuntó en el apartado 4.3.3 de este estudio.

Para un examen más detallado sobre esta problemática en Holanda, Letonia e Irlanda, véase SCHIEK, D. *ET AL, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, op. cit., págs. 711-714 y 716-718.

empresarial una característica clave, a saber, su naturaleza reactiva, que exige que sea el propio trabajador el que comunique la necesidad de proceder a la adaptación del puesto de trabajo, tesis esta que debe sumarse al deber de buena fe que se deriva del artículo 5.a del TRLET¹¹²³. Y será en ese momento en el que deberá acreditar que cumple los requisitos exigidos para ser considerado persona con discapacidad, o como mínimo indicios suficientes en esta dirección, al amparo del artículo 4 de la LGDPCD¹¹²⁴. La no acreditación del trabajador de su condición de persona con discapacidad justificaría el no cumplimiento empresarial de la obligación de realizar ajustes razonables, que podría extenderse hasta que, en un plazo prudencial, se demostrase que la situación del trabajador es asimilable al concepto de persona con discapacidad.

Tal exigencia es clave a efectos de la aplicación de la obligación de realizar ajustes razonables ex artículo 40.2 de la LGDPCD, pues si el empresario desconoce por completo la discapacidad, no puede exigírsele el cumplimiento de la obligación¹¹²⁵. No obstante, la discapacidad es una circunstancia que en algunas situaciones puede ser una cuestión visible o de fácil detección en relación con el puesto de trabajo¹¹²⁶, y en tales circunstancias, el empresario estará obligado a adoptar las medidas que permitan al trabajador continuar la prestación de servicios, sin que se requiera una comunicación expresa por parte del trabajador.

Este razonamiento nos lleva a afirmar que la obligación de realizar ajustes razonables está condicionada a que el empresario tenga conocimiento de la

¹¹²³ Tal y como señala TOSCANI GIMENEZ, D., "Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 3, 2009, pág. 10, la comunicación de circunstancias personales al empresario que afectan al desarrollo de la prestación no existe como deber propiamente dicho, pero puede reconducirse al genérico deber de buena fe contractual.

Para un estudio en general sobre esta cuestión, véase BARREIRO GONZÁLEZ, G., *Diligencia y negligencia en el cumplimiento: estudio sobre la prestación de trabajo debida por el trabajador*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

¹¹²⁴ Recuérdese que a efectos de interpretar el requisito "previsiblemente permanentes", ex artículo 4.1 de la LGDPCD, será necesario acudir a la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

¹¹²⁵ Las conclusiones de la Abogado General de 19 de octubre de 2017, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2017:788, apartado 36, han tenido ocasión de pronunciarse a propósito de esta cuestión. Concretamente, la Abogado General sostiene que el hecho de que la Directiva 2000/78 no imponga el deber de comunicar la discapacidad supone que "[...] si el empresario, de manera justificada, desconoce por completo la discapacidad del trabajador —no hay ningún indicio de que el trabajador tenga una discapacidad y éste no se lo ha comunicado al empresario—, no cabe esperar de él que proceda a realizar ajustes razonables".

¹¹²⁶ Claros ejemplos serían aquellos supuestos de amputaciones de miembros o secuelas de carácter estético con afectaciones funcionales para el trabajo.

discapacidad del trabajador, ya sea por la expresa comunicación del trabajador o por la detección visual o funcional derivada del rendimiento en el marco de la relación laboral. Nótese que no se afirma que nos encontremos ante un deber legal de comunicar la situación de salud al empresario en todo caso, sino sólo en aquellos supuestos en los que el trabajador solicite el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. Dicha exigencia debe entenderse como una manifestación del deber de buena fe contractual ex artículo 5.a del TRLET, pues la instrumentación de las medidas adecuadas puede suponer la introducción de cambios de cierta entidad en la organización y desarrollo de la actividad empresarial. Y a su vez, como una condición indispensable para el respeto empresarial al principio de igualdad de trato de las personas con discapacidad, atendiendo a la naturaleza inherente de los datos necesarios para determinar si el trabajador puede ser calificado como persona con discapacidad¹¹²⁷.

Como puede observarse, el silencio normativo genera una enorme inseguridad jurídica. En este punto, conviene llamar la atención de la necesidad de introducir a nivel procesal un procedimiento que ofrezca seguridad jurídica a los operadores en el marco del cumplimiento de esta obligación. Respecto a esta cuestión, y dada la naturaleza de los datos médicos del trabajador, sería recomendable establecer un mecanismo administrativo o judicial que permitiera determinar si nos encontramos ante un trabajador con discapacidad al amparo del artículo 4.1 del RDL, a los únicos efectos del cumplimiento de la obligación objeto de estudio. Teniendo en cuenta las manifestaciones de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, sería preferible que este examen lo efectuase el órgano judicial territorialmente competente, pues ello facilitaría la resolución de una hipotética impugnación de una decisión empresarial extintiva, y a su vez, otorgaría las garantías necesarias en materia de privacidad respecto al

¹¹²⁷ Especialmente, respecto al carácter de “larga duración” de la patología, que requerirá un diagnóstico médico que valore la entidad de las limitaciones y la duración, pues una de las características esenciales inherentes a la exigencia de adaptar el puesto de trabajo es el carácter duradero de las patologías. Así lo indicó la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, apartado 45, que sostiene: “El decimosexto considerando de la Directiva 2000/78 establece 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». La importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizado durante un largo período. Por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de «discapacidad», se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración”.

tratamiento de la información médica del trabajador. Para ello, el examen judicial debería valorar las funciones del puesto de trabajo desempeñadas por el trabajador hasta el momento, la existencia de deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, su interacción en el ámbito profesional entendida como el desarrollo de las funciones esenciales del trabajo a fin de detectar las limitaciones que producen en el desempeño de la prestación de servicios, y el carácter previsiblemente permanente o de larga duración de las mismas que *deberá basarse en todos los elementos objetivos de que se dispongan, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales*¹¹²⁸.

Respecto a la delimitación de la obligación de realizar ajustes razonables a las personas con discapacidad, es necesario destacar la omisión del legislador, tanto europeo como español, de otros colectivos que, paradójicamente, son los que originaron el concepto de ajuste razonable¹¹²⁹. En efecto, nos referimos, a aquellas personas que profesen una determinada religión, y a consecuencia de ello, necesiten la adaptación del puesto de trabajo para compatibilizar el ejercicio de la libertad religiosa ex artículo 16.1 de la CE con la prestación de servicios laboral. La tesis que defiende la ampliación del ámbito subjetivo pasivo ha sido defendida por la doctrina¹¹³⁰, que aboga por la inclusión de tales colectivos como sujetos pasivos que pueden exigir el cumplimiento de la obligación. Sin embargo, ello exigiría una modificación del marco normativo, toda vez que la Directiva 2000/78¹¹³¹, así como su interpretación la jurisprudencia europea¹¹³², han limitado la aplicación de la obligación de realizar ajustes razonables en la actualidad a las personas con discapacidad¹¹³³. Así pues, el escenario normativo actual no

¹¹²⁸ Véase el apartado 57 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

¹¹²⁹ Véase *in extenso* el apartado 4.2 del presente estudio.

¹¹³⁰ Vid. MOLINA NAVARRETE, C., "Del «principio» al «derecho» a la igualdad de oportunidades: las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 251, 2004, pág. 161.

¹¹³¹ Véase especialmente el considerando 16 y la mención expresa a "personas con discapacidad" contenida en el título del artículo 5.

¹¹³² Véase el apartado 46 de la STJUE de 11 de abril de 2016, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11 y C-337/11, EU:C:2013:222.

¹¹³³ En este punto, no debe olvidarse que el TEDH ha sido el precursor de una nueva línea jurisprudencial, encabezada por la STEDH núm. 34369/97 de 6 de abril de 2000, Thlimmenos contra Grecia, y cuyo último exponente ha sido la STEDH núm. 23065/12 de 30 de enero de 2018, Enver Şahin contra Turquía, que sugiere la aplicación de acomodaciones y adaptaciones en supuestos de discriminaciones indirectas. Sin

permite exigir el cumplimiento de la obligación por otros colectivos, aunque si bien es cierto que extender el ámbito subjetivo del cumplimiento de esta obligación resultaría una vía idónea para materializar la igualdad real y efectiva predicada en el artículo 9.2 de la CE respecto a las demás causas de discriminación plasmadas en el artículo 14 de la CE y el artículo 1 de la Directiva 2000/78, en relación con los artículos 35.1 y 40.1 *in fine* de la CE

Por último, y estrechamente conectado con la cuestión anterior, no debe olvidarse una referencia a aquellos trabajadores sin discapacidad, pero con familiares con discapacidad, y la posibilidad de que puedan exigir el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables¹¹³⁴. En un principio, puede parecer que la respuesta sería negativa, y, por lo tanto, el único sujeto que podría exigir la realización de adaptaciones o ajustes en el puesto de trabajo sería la persona con discapacidad, ya que el legislador europeo y español se refieren al empresario como el sujeto obligado a efectuar la adaptación. No obstante, no es una cuestión clara ya que el legislador, tanto europeo como español, como los tribunales no han clarificado esta cuestión. Tanto el artículo 5 de la Directiva 2000/78 como el artículo 40.2 de la LGDPCD se refieren como sujetos beneficiarios a personas con discapacidad, sin mencionar explícitamente el carácter de que estos sean necesariamente trabajadores, silencio que también ha existido en la jurisprudencia europea¹¹³⁵. A ello, debe sumársele que los ajustes se formulan con tres objetivos sumamente diferenciados¹¹³⁶, relacionados con el empleo de las personas con discapacidad, pero en ningún caso se conectan con el desempeño de las funciones profesionales concretas del trabajador que solicita el ajuste.

embargo, no existe consenso a nivel europeo en aplicar el mismo tratamiento que en el caso de las personas con discapacidad a la protección de los derechos culturales, tal y como señala AST, F., "Accomodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles", Conseil d'Europe, Strasbourg, 2009, pág. 104.

Para un examen en profundidad sobre esta cuestión, véase ELOSEGUI ITXASO, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, *op. cit.*

¹¹³⁴ Una situación que encajaría perfectamente en esta discusión sería la de aquel trabajador/a que tiene un familiar con discapacidad y que requiere una reducción del tiempo de trabajo o una modificación del centro de trabajo en el que presta sus servicios, a fin de que el familiar con discapacidad pueda acceder al empleo, tomar parte en el mismo, progresar profesionalmente, o para que se le ofrezca formación.

¹¹³⁵ Véase el apartado 46 de la STJUE de 11 de abril de 2016, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, que señala la necesidad de que exista una discapacidad, pero en ningún caso se refiere a la existencia de un vínculo laboral, ya que el Tribunal utiliza la expresión "persona con discapacidad", y la contextualiza en el ámbito de la vida profesional (apartado 36 de la citada sentencia).

¹¹³⁶ A saber, para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación.

Una ponderación de estas circunstancias nos lleva a advertir de la necesidad de clarificar esta situación, que incluso podría ser objeto de cuestión prejudicial española ante el TJUE. En mi opinión, el hecho de que el legislador europeo y español no concreten la relación que debe existir entre el empresario y la persona con discapacidad ofrece una vía de protección a situaciones de discriminación por asociación con una persona con discapacidad. Es cierto que la Directiva 2000/78 así como la CIDPD no contemplan la discriminación por asociación entre sus definiciones de discriminación, circunstancia que dificulta predicar la protección en el caso de estas dos normas. Sin embargo, el legislador español recogió la discriminación por asociación con persona con discapacidad en el artículo 2.e de la LGDPCD¹¹³⁷. Esta circunstancia permitiría exigir la obligación de realizar ajustes razonables a situaciones en las que el trabajador sin discapacidad requiera una adaptación a fin de que un familiar con discapacidad pueda acceder al empleo, tomar parte en el mismo, progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación. La extensión del deber empresarial de realizar ajustes razonables a estas situaciones no se opondría al Derecho de la UE, siempre y cuando los motivos de la solicitud de la adaptación cumplan con los objetivos del artículo 5 de la Directiva 2000/78, ya que nos encontramos ante una disposición más favorable ex artículo 8 de la Directiva 2000/78, que amplía el ámbito subjetivo de aplicación de la mencionada obligación.

C) El concepto “medidas adecuadas” frente “ajustes razonables”

La caracterización de las medidas incluidas en la obligación de realizar ajustes razonables en el ordenamiento jurídico español ha asumido la denominación “medidas adecuadas”. En efecto, el artículo 40.2 de la LGDPCD se encarga de plasmar el término “medidas adecuadas”, asumiendo así la misma expresión utilizada por el artículo 5 de la Directiva 2000/78. Nos encontramos ante una apuesta por la efectividad, opción esta muy común en el escenario europeo¹¹³⁸,

¹¹³⁷ La discriminación por asociación con persona con discapacidad se conceptualiza como aquella situación en la que *una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad.*

¹¹³⁸ El caso más extremo es Holanda que incluye la expresión “effective accommodation” para referirse a los ajustes razonables, de conformidad con el artículo 2 de la *Dutch Act on Equal Treatment on the Grounds of Disability or Chronic Illness* (2003). Pero no ha sido el único país, ya que Irlanda y Francia también abogan

que pone el acento en la eficacia del ajuste. De esta manera, el término “adecuadas” integra tanto la razonabilidad del ajuste como su operatividad a efectos de lograr el acceso o mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad.

La expresión “medidas adecuadas” es, por naturaleza, sumamente amplia, pero debe cumplir con un requisito, a saber, la adecuación con relación a las necesidades concretas de cada situación. Es cierto que sus efectos pueden no solo beneficiar a los trabajadores con discapacidad de la organización¹¹³⁹, pero el artículo 40.2 de la LGDPCD indica claramente que la valoración de la adecuación se centra en las necesidades de la persona que solicita el ajuste, excluyendo así necesariamente el análisis del impacto que puede generar en la organización la medida concreta.

En este punto, sería deseable que la adecuación de los ajustes incluyese los efectos que suponen en el marco de la organización o empresa en la que se implementan, sorteando así el planteamiento individualista que han señalado algunas voces autorizadas en la materia¹¹⁴⁰. La realización de los ajustes supone habilitar el puesto de trabajo para que cualquier persona con discapacidad pueda prestar sus servicios. Tal extremo no significa que deba sustituirse el examen *ad casum* inherente a la obligación objeto de estudio, pues las necesidades específicas de las personas con discapacidad son las que determinarán el contenido de la obligación. No obstante, sí que exige tener en cuenta el impacto positivo global que supone para el resto de la organización o empresa y los demás trabajadores, tanto a corto como a largo plazo, ampliando así el escenario de examen de la adecuación de la medida.

por asumir una concepción más cercana a la efectividad, materializada mediante la plasmación de las expresiones “appropriate measures” [Sección 16 de la *Employment Equality Act* (1998)] y “mesures appropriées” (artículo 5213-6 CdT).

Para un examen en profundidad sobre esta cuestión, véase SCHIEK, D. *ET AL*, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, *op. cit.*, págs. 658-664, y a propósito de Francia, el apartado 4.4 de esta obra.

¹¹³⁹ Así, por ejemplo, la existencia de rampas en el puesto de trabajo facilita que cualquier empleado o cliente pueda acceder más fácilmente al centro de trabajo.

¹¹⁴⁰ *Vid.* CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, *op. cit.*, pág. 137 y PALACIOS RIZZO, A., “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en CAMPOY CERVERA, I. (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 200.

Llegados a este punto, debe destacarse la utilización de distintos vocablos por el legislador europeo, que no por el español, para referirse a esta obligación. En particular, el artículo 5 de la Directiva 2000/78 se refiere a la necesidad de realizar ajustes razonables, que se concretan, en la práctica, en la adopción de las medidas adecuadas en función de cada situación concreta¹¹⁴¹. No obstante, el legislador español no utiliza la expresión “ajustes razonables” en el marco del artículo 40.2 de la LGDPCD, plasmando únicamente la necesidad de adoptar “medidas adecuadas”. Esta circunstancia nos obliga a clarificar dos cuestiones: a) la equivalencia entre las expresiones “ajustes razonables” y “medidas adecuadas”, y b) la relación entre el adjetivo “adecuadas” y “razonables”. Su examen permitirá valorar si nos encontramos ante una correcta transposición del artículo 5 de la Directiva 2000/78 en el ordenamiento jurídico español, sobre todo si tenemos en cuenta que el legislador español ha establecido una definición de ajuste razonable¹¹⁴², así como del término “razonable”¹¹⁴³, no contextualizadas en el marco del artículo 40 de la LGDPCD. Y a su vez, determinar si pueden aplicarse los criterios del artículo 66.2 de la LGDPCD en la valoración de la adecuación de las medidas.

Desde un punto de vista europeo, no han sido pocos los países que han optado por la sustitución de la expresión “ajustes razonables” por otras distintas¹¹⁴⁴,

¹¹⁴¹ La redacción del artículo 5 de la Directiva 2000/78 señala: “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”.

¹¹⁴² Véase el artículo 2.m) de la LGDPCD: “m) *Ajustes razonables*: son 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.”

¹¹⁴³ Véase el artículo 66.2 de la LGDPCD: “A efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.m), se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.”

¹¹⁴⁴ Por ejemplo, Reino Unido y Finlandia optaron por el uso de las palabras “adjustments” y “steps”, respectivamente, que son distintas a “Reasonable accommodation”. De forma similar a España, Francia incorporó la expresión “mesures appropriées” como equivalente a “Aménagements raisonnables”.

siendo consideradas equivalentes por la doctrina europea más autorizada¹¹⁴⁵. Si examinamos el texto de la Directiva 2000/78, conviene señalar que el término “medidas adecuadas” se halla definido en el considerando 20 de la Directiva 2000/78, que concreta su significado como “[...] medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”. Como puede observarse, el legislador europeo no limita las medidas a un ámbito estrictamente laboral, pero sí que exige que el impacto de la adaptación contribuya a la integración laboral de las personas con discapacidad. En otras palabras, la *voluntas legislatoris* europea permite la realización de modificaciones que no sean estrictamente laborales, siempre que sus efectos se materialicen en el fomento o mantenimiento del empleo. El ejemplo más claro lo encontramos en la inclusión de la adaptación de instalaciones o equipamientos como ejemplos de ajustes razonables en el marco del considerando 20 de la Directiva 2000/78. Estas modificaciones se integran junto a las medidas de carácter laboral, como son la modificación de pautas de trabajo, funciones laborales o ajustes de horario de trabajo, entre otros, y ponen de relieve el uso de la expresión “medidas adecuadas” como un medio para cumplir la obligación de realizar ajustes razonables. Además, la adecuación de la medida lleva implícito el concepto de razonabilidad, pues la necesidad de valorar si la medida es una carga excesiva constituye el examen de la razonabilidad de la medida. De este modo, la expresión “ajustes razonables” simboliza la denominación de la obligación empresarial, y el término “medidas adecuadas” es su concreción material. El uso de términos distintos denota una voluntad de hacer efectiva esta obligación en cualquier situación, y la muestra más clara de ello la encontramos en el uso de la palabra “medidas”, de carácter mucho más amplio que “ajuste”¹¹⁴⁶.

¹¹⁴⁵ Vid. WADDINGTON, L.; LAWSON, A., *Disability and non-discrimination law in the European Union*, op. cit., pág. 6, que señalan que: “Nevertheless, it is submitted that the use of an alternative term to replace “accommodation” is of no legal significance, and that in essence all of the terms referred to above convey the same meaning”.

¹¹⁴⁶ Las diferencias entre el término “ajuste” y “medidas” son notables, toda vez que la segunda de ellas tiene un alcance más amplio que el mero ajuste o adaptación, que lleva implícita la idea de una modificación, permitiendo así la exigencia de crear medidas concretas y no limitar la obligación de realizar ajustes razonables a meras modificaciones. De esta manera, el término “medidas” permite con más facilidad defender la necesidad de crear un turno de trabajo, cuestión esta de mayor complejidad si utilizásemos el

Tras el estudio de la norma europea, que contribuye a una adecuada interpretación del artículo 40.2 de la LGDPCD (obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo) en relación con los artículos 2.m de la LGDPCD (concepto de ajuste razonable) y 66.2 de la LGDPCD (pautas interpretativas de lo que quepa considerar como razonable), puede afirmarse que las expresiones “ajustes razonables” y “medidas adecuadas” son equivalentes. La definición de “ajustes razonables” contenida en el artículo 2.m de la LGDPCD se efectúa con carácter general, sin contextualizarse en ningún ámbito, toda vez que la ley extiende la obligación de realizar ajustes razonables a distintos ámbitos¹¹⁴⁷. Así, la expresión “medidas adecuadas” del artículo 40.2 de la LGDPCD aparece como la concreción de la definición del artículo 2.m de la LGDPCD en el ámbito del empleo, y así debe efectuarse de una interpretación sistemática de esta norma. De hecho, el legislador utiliza términos similares en su denominación. En efecto, tal y como puede observarse de un examen comparado entre los artículos 2.m y 40 de la LGDPCD, los ajustes razonables se definen como “[...] modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas [...]”, conceptualización equivalente a la expresión “medidas apropiadas”, toda vez que la amplitud del término “medidas” incluye la adopción de modificaciones y adaptaciones, y el vocablo “apropiadas” es sinónimo de adecuadas. Es cierto que la palabra “necesarias” no la encontramos en la expresión “medidas adecuadas”, pero se deduce intrínsecamente del carácter imperativo de la obligación ex artículo 40.2 de la LGDPCD.

En cuanto a la aplicación del artículo 66.2 de la LGDPCD (criterios para determinar la razonabilidad) en el marco del artículo 40.2 de la LGDPCD, no se detecta obstáculo que impida una interpretación conjunta y sistematizadora de ambos preceptos. El término “adecuadas” delimita los elementos de análisis de la obligación de realizar ajustes razonables, y partiendo de la hipótesis de la norma europea de que la valoración de la razonabilidad se halla incluida dentro de la

vocablo “ajuste”, que dificulta la creación de nuevas medidas y delimita su ámbito de actuación a meras modificaciones de una circunstancia ya existente.

¹¹⁴⁷ Como ya se señaló en el apartado 5.1.6, la LGDPCD agrupa las dos modalidades de efectuar ajustes razonables que han coexistido en el ordenamiento jurídico español desde la aprobación de la LIONDAU, a saber, la obligación de realizar ajustes en el puesto de trabajo y la necesidad de adoptar medidas de ajuste en la provisión de bienes y servicios en los ámbitos definidos en el artículo 5 de la LGDPCD.

palabra “adecuadas”, el contenido del término “adecuadas” exige analizar dos cuestiones específicas: a) la razonabilidad de la medida, y b) el análisis respecto a la carga excesiva. El artículo 66.2 de la LGDPCD ofrece pautas de interpretación respecto a la razonabilidad de la medida, y se efectúa desde una perspectiva general que permite su aplicación en todos los ámbitos en que es obligado realizar ajustes razonables, incluido el artículo 40.2 de la LGDPCD. En efecto, la localización del artículo 66.2 de la LGDPCD se halla al margen de los distintos derechos que regula la LGDPCD¹¹⁴⁸, circunstancia que evidencia su función de clarificación del significado de razonabilidad en las dos modalidades de la obligación de realizar ajustes razonables que establece la LGDPCD. Por lo tanto, la valoración de la adecuación de las medidas adoptadas al amparo del artículo 40.2 de la LGDPCD exigirá un examen de los parámetros del artículo 66.2 de la LGDPCD.

D) La caracterización de las medidas adecuadas

El artículo 40.2 de la LGDPCD se refiere a la adopción de medidas adecuadas a fin de lograr el fomento y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad. La adecuación exigida por este precepto pone de relieve la importancia de realizar una evaluación inicial que detecte el ajuste necesario en cada situación concreta. Este paso previo ostenta una importancia capital en el cumplimiento de la obligación, y puede ser fuente de conflictos entre el empresario y el trabajador, y sorprende que el legislador no se encargue de plasmar su exigencia y desarrollar su configuración. Dado el silencio normativo que existe sobre esta cuestión, sería conveniente la regulación de un procedimiento en el que se ofrecieran pautas para la detección del ajuste más conveniente y un sistema de resolución de disputas surgidas a propósito del desacuerdo en el ajuste a realizar¹¹⁴⁹, así como la intervención mediadora de la

¹¹⁴⁸ Concretamente, se inserta en el capítulo I “Derecho a la igualdad de oportunidades” del título II de la LGDPCD, denominado “Igualdad de oportunidades y no discriminación”.

¹¹⁴⁹ Sobre esta cuestión, es cierto que el artículo 74 de la LGDPCD prevé la creación de un sistema arbitral *que, sin formalidades especiales, atiende y resuelve con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación*. No obstante, el sistema de resolución de disputas se integraría como parte de la obligación, en el marco del procedimiento de detección del ajuste más adecuado, siendo, por tanto, obligatorio y con carácter previo a la vía judicial, de modo similar a la conciliación administrativa. Así pues, esta propuesta no

Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En este punto no puede evitarse reiterar los beneficios que supondría para el ordenamiento jurídico español la implementación de un sistema similar al denominado “proceso interactivo”, institución de origen estadounidense¹¹⁵⁰, que ha ofrecido a lo largo de los años un escenario de mayor seguridad jurídica para los operadores y un espacio participativo en el que acordar de forma consensuada las medidas a adoptar en el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables.

Entrando a analizar la tipología de medidas que se hallan incluidas dentro de la expresión “medidas adecuadas”, la primera observación que debe destacarse es que tanto el legislador europeo como español guardan absoluto silencio sobre esta cuestión. Es cierto que el considerando 20 de la Directiva 2000/78 formula distintas medidas a título de ejemplo, pero no establece clasificación alguna respecto a las medidas a adoptar. Afortunadamente, la doctrina ha entendido que puede hablarse de una doble categoría de medidas a adoptar¹¹⁵¹, que incluirían: a) las medidas estructurales, referidas a aspectos físicos o de accesibilidad, cuya cuantificación económica es sencilla y que suponen habitualmente un gasto económico único; y b) las medidas organizativas, que se vinculan a los aspectos relacionados con la gestión del personal, de compleja valoración económica y que requieren cambios de mayor permanencia y trascendencia en el funcionamiento de la organización empresarial. A esta doble categoría, debe sumársele una tercera, identificada por el TJUE¹¹⁵², que incluiría medidas con finalidades educativas. Así pues, nos encontramos que las medidas adecuadas que materializan la obligación de realizar ajustes razonables pueden clasificarse en tres categorías distintas, en función de su naturaleza.

eliminaría los arbitrajes plasmados normativamente, sino que complementaría la configuración actual de la obligación de realizar ajustes razonables.

¹¹⁵⁰ Para un estudio en profundidad sobre esta cuestión, véase el apartado 4.1.3.B de esta obra.

¹¹⁵¹ Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R.; NUÑEZ GONZÁLEZ, C., “Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo”, *op. cit.*, pág. 574, que cita a GARRIDO PÉREZ, E., “El Tratamiento comunitario de la discapacidad”, *op. cit.*, pág. 184.

Desde una óptica americana pero plenamente extrapolable a otros ordenamientos jurídicos, véase en el mismo sentido STEIN, M.A., “The Law and Economics of Disability Accommodations”, *Duke Law Journal*, vol. 53, 2003, pág. 88.

¹¹⁵² Véase el apartado 49 de la STJUE de 11 de abril de 2016, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, que sostiene: “Tal como dispone dicho artículo, los empresarios han de tomar las medidas adecuadas, en particular, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente. A este respecto, el vigésimo considerando de dicha Directiva realiza una enumeración no exhaustiva de tales medidas, que pueden ser de orden físico, organizativo o educativo”.

Llegados a este punto, no puede evitarse criticar la omisión de plasmar dicha clasificación en el marco del artículo 40.2 de la LGDPCD. La simple inclusión de la última frase del apartado 49 de la STJUE de 11 de abril de 2016, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11 y C-337/11, EU:C:2013:222 en el artículo 40.2 de la LGDPCD, o incluso en el artículo 2.m de la LGDPCD, permitiría una delimitación más precisa del objeto de la obligación. Y, de hecho, sería especialmente conveniente a efectos de modular la valoración de la carga excesiva, ya que no puede valorarse de igual forma para cada una de las categorías. Sin embargo, una cuestión de especial gravedad estrechamente relacionada con la clasificación de las medidas adecuadas ex artículo 40.2 de la LGDPCD, es la ausencia de una referencia a la consideración del tipo de discapacidad. Las diferencias entre los tipos de discapacidad son notables, y las necesidades derivadas de cada una de ellas exigirían, ya sea en sede legal o reglamentaria, una clara diferenciación, especialmente si tenemos en cuenta la dificultad de integración de personas con discapacidad intelectual y discapacidad física severa.

A propósito de qué medidas pueden incluirse en el concepto “medidas adecuadas” del artículo 40.2 de la LGDPCD, las opciones son extremadamente amplias¹¹⁵³, delimitándose en función de las necesidades del trabajador y de las circunstancias exigidas legalmente para la valoración de la carga excesiva. Partiendo de la interpretación expansiva mostrada por el TJUE¹¹⁵⁴, el considerando 20 de la Directiva 2000/78, ofrece, a título de ejemplo¹¹⁵⁵, *la adaptación de instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre*. Ahora bien, este listado no es exhaustivo y pueden añadirse algunos ejemplos más, extraídos del

¹¹⁵³ En este mismo sentido, RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *op. cit.*, pág. 108 señala la ausencia de una clasificación legal por el legislador y GOÑI SEIN, J.L., “La obligación empresarial de realizar medidas de adaptación como contenido integrante del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 6, 2017, pág. 4 (versión electrónica) pone de relieve la indeterminación que preside la configuración legal de las posibles medidas de ajuste.

¹¹⁵⁴ Véase la STJUE de 11 de abril de 2016, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, que como se señaló en el apartado 3.5.3 de este estudio, se mostró a favor de una interpretación expansiva que incluye la adopción de medidas a tiempo parcial.

¹¹⁵⁵ El apartado 49 de la STJUE de 11 de abril de 2016, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11 y C-337/11, EU:C:2013:222 ha calificado este listado de medidas como “[...] una enumeración no exhaustiva de tales medidas, que pueden ser de orden físico, organizativo o educativo”.

derecho comparado, que van desde la recolocación del trabajador con discapacidad en otro puesto de trabajo¹¹⁵⁶, hasta el cambio temporal o definitivo de la ubicación desde la que se prestan los servicios (teletrabajo)¹¹⁵⁷. Sin embargo, las posibilidades son muy amplias y pueden incluir la modificación o reducción del horario de trabajo¹¹⁵⁸, la utilización de un intérprete para la realización de funciones profesionales, la introducción de maquinaria de asistencia, la incorporación gradual a la prestación de servicios tras un largo periodo de baja por incapacidad temporal, la formación de los trabajadores en la gestión de la diversidad en la empresa¹¹⁵⁹, la provisión de una plaza de parking adaptada para acceder al puesto de trabajo, la adaptación de los lavabos o incluso hasta el cambio de centro de trabajo, entre otras¹¹⁶⁰.

En este punto, especial mención merece la determinación de si el empleo con apoyo puede incardinarse dentro de la expresión “medidas adecuadas”. Esta medida de integración laboral de las personas con discapacidad se halla incluida como una manifestación del empleo ordinario de las personas con discapacidad¹¹⁶¹, y su regulación la hallamos en el RD 870/2007. Definido como *el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión*

¹¹⁵⁶ El ordenamiento jurídico británico contemplaba en la hoy derogada Sección 18B DDA esta posibilidad. En la actualidad, existe un silencio normativo sobre el contenido material del deber empresarial, que ha otorgado una importancia crucial a la doctrina judicial y jurisprudencial británica. Para un examen en detalle sobre esta cuestión, véase el apartado 4.3.2 de esta obra.

¹¹⁵⁷ Esta posibilidad fue una de las sugerencias que Bélgica plasmó en el apartado 3.2.5 de un documento denominado “Belgian Guide to Reasonable Accommodations for Persons with a Disability at Work”, en 2005, que pretendía facilitar la aplicación de la obligación objeto de estudio, tal y como indican SCHIEK, D. *ET AL*, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, *op. cit.*, pág. 683.

¹¹⁵⁸ Para un estudio en profundidad de las connotaciones que tiene respecto a la aplicación del artículo 41 TRLET, véase RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., “Las medidas de ajuste razonable y su exención por carga excesiva”, *cit.*, pág. 8-9 (versión electrónica)

¹¹⁵⁹ Esta estrategia ha sido especialmente utilizada en el ámbito del empleo, bajo la denominación “apoyos naturales”. Un examen en profundidad sobre esta cuestión puede consultarse en BECERRA TRAYER, M.T.; LUCERO FUSTES, M.; MONTANERO FERNÁNDEZ, M., “¿Cómo ayudan los compañeros de trabajo a los empleados con discapacidad intelectual?: Una experiencia de coaching laboral en empleo con apoyo”, *Revista Española de Orientación y Psicopedagogía*, vol. 28, 1, 2017, págs. 51-71.

¹¹⁶⁰ A título de ejemplo, GOÑI SEÍN, J.L.; RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, *op. cit.*, págs. 172-176 y RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *op. cit.* págs. 111-114 mencionan la reubicación del trabajador, la suspensión del contrato de trabajo y reserva del puesto.

Sobre la reubicación, véase también GOÑI SEIN, J.L.; RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La regulación convencional en materia de adaptación del puesto de trabajo y reubicación de trabajadores con limitaciones psicofísicas”, *Revista de información laboral*, 12, 2015, págs. 5-9.

¹¹⁶¹ Véase el artículo 37.2 del LGDPCD y el artículo 1 del RD 870/2007.

*laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes*¹¹⁶², el empleo con apoyo se postula *prima facie* como un mecanismo innegablemente próximo a los ajustes razonables.

Sin embargo, la previsión de una serie de condiciones incardinadas en el marco del RD 870/2007 supone que su exigencia como ajuste razonable se limite a supuestos muy específicos. En este sentido, el texto reglamentario diseña el empleo con apoyo como una medida para la integración en el mercado ordinario de trabajo para personas con discapacidad con especiales dificultades de integración. Tal caracterización incluye solamente dos situaciones *ex artículo 3.1 del RD 870/2007*: a) aquellos trabajadores con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%; y b) personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%. Se exige, además, que sean trabajadores inscritos en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupados o trabajadores con discapacidad contratados por centros especiales de empleo, al amparo del artículo 3.1 del RD 870/2007. Respecto al empleador, el artículo 4.3 RD 870/2007 contempla como beneficiaria a las empresas del mercado ordinario, entre otros¹¹⁶³, que contraten a los trabajadores con discapacidad en los términos mencionados anteriormente. No obstante, será necesaria la incorporación o compromiso de contratar en plantilla a preparadores laborales especializados, que cumplan los requisitos exigidos en el artículo 7 del RD 870/2007¹¹⁶⁴, y, además, que el empleador disponga de los recursos materiales necesarios que garanticen un desarrollo idóneo del programa de empleo con apoyo.

¹¹⁶² Véase el artículo 41 LGDPCD.

¹¹⁶³ Se contempla, asimismo, la posibilidad de que los beneficiarios de las correspondientes subvenciones sean las asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro que suscriban el correspondiente convenio de colaboración con la empresa que va a contratar a los trabajadores con discapacidad (artículo 4.1 del RD 870/2007) o los centros especiales de empleo, calificados e inscritos como tales en el Registro correspondiente, que suscriban un convenio de colaboración con la empresa que va a contratar a trabajadores con discapacidad procedentes de la plantilla del mismo centro o de otros centros especiales de empleo (artículo 4.2 del RD 870/2007).

¹¹⁶⁴ En particular, se exige que los preparadores estén en posesión de una titulación mínima de formación profesional de grado medio o equivalente y acreditar una experiencia previa de al menos un año en actividades de integración laboral de personas con discapacidad.

Como puede observarse, el empleo con apoyo se diseña como una pasarela hacia el medio ordinario de trabajo, fomentando la incorporación de personas con discapacidad con especiales dificultades de inserción que se hallen desempleadas o que presten servicios en un Centro Especial de Empleo. A priori, no existe obstáculo legal a la exigencia de adoptar el empleo con apoyo como medida en el marco de la obligación de realizar ajustes razonables, pues una de las dimensiones que contempla este deber empresarial es permitir el acceso al empleo ex artículo 40.2 de la LGDPCD. Sin embargo, la necesidad de que el trabajador ostente especiales dificultades de inserción, definidas en el marco del artículo 3.1 del RD 270/2007 en términos que no se asemejan al concepto de persona con discapacidad plasmado en el artículo 4 de la LGDPCD¹¹⁶⁵, sumado a la exigencia de que el trabajador con discapacidad se halle en situación de desempleo o contratado por un Centro Especial de Empleo y el requisito de contar con un preparador en plantilla, son factores que complican enormemente su aplicación en la práctica.

Por lo tanto, los ajustes razonables serán, pues, medidas físicas, organizativas o educativas estrechamente conectadas a la ejecución de la prestación laboral y a la discapacidad del trabajador. Esta cuestión es sumamente importante porque, en mi opinión, excluye la posibilidad de que puedan exigirse como ajustes razonables modificaciones contractuales sin repercusión sobre la prestación de trabajo¹¹⁶⁶, salvo excepciones¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁵ Una lectura en profundidad del artículo 3.1 del RD 270/2007 en relación con el artículo 1 de la CIDPD y 4 de la LGDPCD pone de relieve la falta de sensibilidad del legislador al modelo social de tratamiento de la discapacidad. En efecto, el concepto de persona con discapacidad con especiales dificultades de inserción previsto en el artículo 3.1 del RD 270/2007 exige, en cualquiera de sus dos acepciones, el reconocimiento del grado de discapacidad por un órgano administrativo, y, por lo tanto, tributario del modelo de tratamiento médico de la discapacidad.

¹¹⁶⁶ Así, por ejemplo, quedaría excluida la posibilidad de instrumentar como ajuste razonable una prioridad de permanencia en el contrato de trabajo en caso de despido colectivo o el pago de una cantidad económica destinada a la inserción del trabajador con discapacidad, satisfecha en sustitución de la adaptación del puesto de trabajo que correspondiera.

¹¹⁶⁷ El supuesto más claro serían aquellas adaptaciones destinadas al progreso profesional y el acceso a la formación. De esta manera, los ajustes que se incardinan en alguna de estas dos categorías podrían ser exigibles, sin necesidad de demostrar la conexión del ajuste con la ejecución de la prestación laboral.

5.2.2. Los límites de la obligación de realizar ajustes razonables

La configuración de la obligación de los ajustes razonables está diseñada para que no pueda considerarse una obligación absoluta¹¹⁶⁸. En efecto, la adopción de medidas adecuadas para el acceso o mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad no será exigible en cualquier caso, sino que ostentan una serie de límites que condicionan su exigencia. Estos límites son la razonabilidad del ajuste y la carga excesiva o desproporcionada. Ambos delimitan cuándo será exigible esta obligación, y actúan como factores de ponderación en función de las circunstancias.

Así pues, este apartado pretende ofrecer una visión de la exigencia de razonabilidad en los ajustes, así como un examen del concepto de carga excesiva y de las distintas circunstancias que normativamente lo componen.

A) La razonabilidad de los ajustes como límite a su exigencia

La razonabilidad es, junto a la carga excesiva, uno de los límites que definen a los ajustes en el marco de la obligación legal objeto de estudio. La exigencia de razonabilidad, que acompaña a la palabra “ajustes”, no es trivial, y se traduce en términos prácticos en que sólo aquellos ajustes que sean razonables podrán ser exigidos. En otras palabras, la obligación de realizar ajustes razonables no incluye la adopción de cualquier medida, sino única y exclusivamente aquellas que sean razonables. Así pues, la valoración de la razonabilidad del ajuste constituye una actuación necesaria, que descartará aquellas intervenciones no exigibles a la luz de la obligación objeto de estudio.

Una de las características del carácter razonable del ajuste o medidas es la indeterminación de su definición a nivel europeo e internacional¹¹⁶⁹, lo que dificulta enormemente su interpretación. Los numerosos matices que presenta este concepto son, probablemente, la causa de la ausencia de una definición en

¹¹⁶⁸ Vid. NUÑEZ GONZÁLEZ, C., “La tutela antidiscriminatoria por razón de la discapacidad en el ordenamiento jurídico laboral”, en BALLESTER PASTOR, M.A. (Coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 185.

¹¹⁶⁹ Vid. RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., “Las medidas de ajuste razonable y su exención por carga excesiva”, *op. cit.*, pág. 2 (versión electrónica).

sede europea, ya que su ambigüedad lo conceptualiza un término con múltiples interpretaciones. A ello, debe sumársele que la CIDPD no se pronuncia al respecto, y, además, que nos encontramos ante un concepto jurídicamente indeterminado de tradición anglosajona¹¹⁷⁰, que se adapta perfectamente al funcionamiento de un sistema jurisprudencial como es el *Common Law*, pero que es ajeno y difícilmente caracterizable en el Derecho Continental.

No obstante, la incorporación del término “razonable” en el marco de la obligación objeto de estudio pretende situar a este concepto como un estándar de valoración de los ajustes; un parámetro objetivo que actúe como filtro en función de las circunstancias concurrentes en cada caso¹¹⁷¹. Ofrecer así una flexibilidad *ad casum* que otorga un amplio margen de interpretación a las partes, a expensas de sacrificar seguridad jurídica a los operadores.

Sin embargo, la configuración de la razonabilidad es un término que ofrece múltiples configuraciones nacionales, y, de hecho, puede adquirir hasta dos dimensiones distintas en la integración de la obligación. Así, la razonabilidad puede ser entendida como la inexistencia de dificultades excesivas para el empresario, diferenciándose claramente de la carga excesiva¹¹⁷²; o como sinónimo de efectividad del ajuste¹¹⁷³. Tal característica muestra su naturaleza circunstancial, ofreciendo ventajas e inconvenientes en cada una de sus manifestaciones.

¹¹⁷⁰ Así lo señala JOLY, L., *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, op. cit., pág. 281, que remite, para un estudio en profundidad, a TIXIER, G., *La Règle de reasonableness dans la jurisprudence anglo-américaine*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956.

¹¹⁷¹ A propósito del carácter objetivo de la razonabilidad, véase LAWSON, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, op. cit., pág. 82, que sostiene “*It is therefore to be assessed not by reference to what the particular employer genuinely believed to be the case but by reference to objectively demonstrable facts and circumstances*”.

¹¹⁷² Un ejemplo paradigmático es Finlandia. La Sección 5 de la *Finish Non-Discrimination Act 21/2004* incluye como parámetros para valorar la razonabilidad en el marco de la obligación objeto de estudio el coste de las medidas o la posibilidad de que el empresario pueda solicitar subvenciones públicas para hacer cumplir esta obligación.

Sin embargo, Estados Unidos también debe incluirse en este grupo. En efecto, la sección 12112.b.5.a del título 42 del U.S.C ha sido interpretada por la jurisprudencia americana en el sentido de que: “[...] a reasonable accommodation is an accommodation which is effective in allowing the employee with a disability to participate in employment, but rather perceived the term reasonable as a modification to the requirement which is imposed upon the employer, [...]”, tal y como señalan SCHIEK, D. ET AL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, cit., pág. 650.

¹¹⁷³ Holanda e Irlanda han sido dos de los países más representativos que han optado por esta opción, tal y como señalan *Ibid.*, pág. 658-664.

Ahora bien, la cuestión central que conviene abordar en el marco de este apartado es cuál ha sido la definición que el legislador ha otorgado al término razonable. Desde un punto de vista estrictamente laboral, la razonabilidad no ha sido definida en la LGDPCD. Sin embargo, el artículo 66.2 de la LGDPCD se ha encargado de definir legalmente las circunstancias que permite apreciar la razonabilidad, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos¹¹⁷⁴. Este precepto contempla la necesidad de considerar *los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda*. En este punto, conviene recordar una cuestión ya tratada anteriormente: la aplicación de la definición de razonabilidad en el marco del artículo 40.2 de la LGDPCD. El artículo 66.2 de la LGDPCD define la razonabilidad en relación con el artículo 2.m de la LGDPCD, hecho este que podría indicar su inaplicación respecto al artículo 40.2 de la LGDPCD. No obstante, tal y como hemos señalado¹¹⁷⁵, no existe óbice al despliegue de efectos del artículo 66.2 de la LGDPCD con relación al artículo 40.2 de la LGDPCD, mediante una interpretación sistemática de la LGDPCD. En efecto, la localización del artículo 66.2 de la LGDPCD, al margen de los distintos derechos que regula el texto refundido, sumado a la asimilación del concepto “medidas adecuadas” y “ajustes razonables”, permiten sostener que la valoración de la adecuación de las medidas adoptadas al amparo del artículo 40.2 de la LGDPCD exigirá un examen de los parámetros incluidos en el artículo 66.2 de la LGDPCD. En este punto, sería conveniente que el legislador incorporase una conexión normativa entre ambos preceptos, de forma que la aplicación del artículo 66.2 de la LGDPCD no presentase duda alguna en el marco de la interpretación del artículo 40.2 de la LGDPCD. Así, por ejemplo, podría optarse por la incorporación del primer párrafo del artículo 66.2 de la LGDPCD entre el primer y segundo párrafo del artículo 40.2 de la LGDPCD, o bien por la remisión al artículo 66.2 de la LGDPCD a efectos de valorar la razonabilidad del ajuste.

¹¹⁷⁴ Así, por ejemplo, Estados Unidos, Canadá, Reino Unido o Francia no lo han hecho, tal y como puede comprobarse en el capítulo 4 de esta obra.

¹¹⁷⁵ Véase apartado 5.2.1.d del presente estudio.

Como puede observarse, la norma española distingue la determinación de la razonabilidad de la carga excesiva, pues exige valorar circunstancias distintas en cada caso¹¹⁷⁶. De esta manera, la ausencia de razonabilidad no equivale a la existencia de carga desproporcionada en el ordenamiento jurídico español, enriqueciendo así el análisis de los límites de la obligación mediante un doble examen. Tal actuación normativa sitúa a España en una posición atípica, pues la gran mayoría de países de la UE se han limitado a transponer el contenido del artículo 5 de la Directiva 2000/78 sin definir el término “razonable”. Se apuesta así por clarificar los parámetros que deben valorarse para considerar el ajuste como razonable, permitiendo así un análisis diferenciado y contextualizado de sus límites.

Entrando a analizar de forma sucinta los parámetros del artículo 66.2 de la LGDPCD, la valoración, en términos generales, es muy positiva. El conjunto de factores plasmados legalmente se complementa mutuamente, exigiendo así un análisis ponderado de los distintos intereses que pueden confluir en el marco de esta obligación. No obstante, llama especialmente la atención la incorporación de *“los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción”* en el examen de la razonabilidad de los ajustes. Su previsión supone una gran aportación, pero su formulación dificulta enormemente su aplicación efectiva. El legislador ha optado por formular este factor de forma negativa, y desde un punto de vista procesal, ello dificulta enormemente la prueba de la razonabilidad del ajuste. La complicación se deriva de la exigencia de la demostración de los efectos discriminatorios derivados de la no adopción del ajuste. Sobre esta cuestión, sería conveniente que el legislador mantuviera esta circunstancia, pero reformulase su redacción, en el sentido de exigir la prueba del impacto que la incorporación del ajuste supondría para el acceso o mantenimiento del empleo del trabajador en cuestión, que es una formulación neutra que incluye

¹¹⁷⁶ La carga excesiva, definida en el artículo 40.2 de la LGDPCD, requiere valorar 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.

En cambio, la razonabilidad, caracterizada en el artículo 66.2 de la LGDPCD, exige considerar los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.

tanto la vertiente positiva como la actual vertiente negativa, relativa a los efectos discriminatorios, de este parámetro de valoración del artículo 66.2 de la LGDPCD.

B) La carga excesiva

a) Concepto y determinación

Como ya hemos señalado, el deber de adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo no es una obligación formulada en términos absolutos, dado que *existe una colisión frontal entre los derechos de los trabajadores y del empresario*¹¹⁷⁷, que exige una ponderación *ad casum*. El equilibrio de la configuración de esta institución se basa en la previsión de una circunstancia, que actúa como exención al cumplimiento del deber¹¹⁷⁸. Ahora bien, es necesario señalar que la obligación de realizar ajustes razonables, y por lo tanto su exención, no puede extenderse a cualquier adaptación, sino sólo a aquellas medidas que se consideren razonables¹¹⁷⁹. De esta manera, el análisis de la carga excesiva siempre será posterior y autónomo al de la razonabilidad del ajuste, dado que sólo deberá examinarse en aquellos supuestos en los que el ajuste sea razonable.

Además, la determinación de la existencia de carga excesiva exige efectuar una interpretación restrictiva de sus elementos. El carácter de exención a la obligación de realizar ajustes razonables, que constituye el pilar fundamental para la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad en el empleo, supone la necesidad de reducir el ámbito interpretativo del concepto “carga excesiva”. Una interpretación no restrictiva podría conducir a la ampliación de una excepción prevista legalmente que desvirtuaría la institución y podría convertir el incumplimiento en la tónica general, de forma similar a la situación de la cuota de

¹¹⁷⁷ Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R.; NUÑEZ GONZÁLEZ, C., “Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo”, *op. cit.*, pág. 571.

¹¹⁷⁸ Esta no ha sido la única expresión utilizada por la doctrina iuslaboralista para referirse a la naturaleza de la carga excesiva. Así, por ejemplo, véase GARRIDO PÉREZ, E., “El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial”, *op. cit.*, pág. 185, que se refiere a la carga excesiva como una *circunstancia de excepcionalidad*.

¹¹⁷⁹ Para un examen de la determinación de la razonabilidad de los ajustes, véase el apartado 5.2.2.A de este estudio.

reserva de empleo y su declaración de excepcionalidad¹¹⁸⁰. En términos prácticos, ello se traduciría no sólo en evitar la realización de una interpretación amplia en su valoración, sino en la creación de una serie de reglas sustantivas y procesales en relación con la prueba de la existencia de carga excesiva. En este sentido, sería conveniente que el legislador plasmase la creación de un artículo, ya sea de forma preferente en el desarrollo reglamentario de la obligación permitido *ex* disposición final tercera de la LGDPCD o en el marco de la propia LGDPCD, dedicado exclusivamente a la determinación de la existencia de carga excesiva.

Por lo que respecta al aspecto sustantivo, sería interesante ofrecer a los operadores jurídicos una serie de pautas para clarificar cómo debe valorarse la carga excesiva. Una construcción normativa sólida de este aspecto de la obligación de realizar ajustes razonables exigiría, en mi opinión, la plasmación de tres factores que deben ponderarse *ab abstracto* por el operador jurídico: a) la valoración de la actuación empresarial respecto al diagnóstico del ajuste necesario, que incluiría determinar si la conducta empresarial obedece a las reglas de la buena fe; b) las razones que suponen que no se lleva a cabo por el empresario el ajuste razonable, aspecto este que debe conectarse con la diligencia mostrada por el empresario desde el inicio de la solicitud del ajuste hasta la negativa; y, c) la validez de las razones sustantivas que justifican la no realización del ajuste razonable necesario, valorándose especialmente la proporcionalidad de las mismas respecto a los objetivos que pretende conseguir el ajuste pretendido. A este esquema sería recomendable añadir alguna prescripción, de carácter procesal, que limitase una interpretación excesivamente amplia de esta excepción. A título de ejemplo, podría exigirse que la existencia de la carga excesiva sólo sea admitida si concurren y pueden probarse elementos objetivos actuales, impidiendo así la posibilidad de apreciarla en supuestos hipotéticos o de forma anticipada¹¹⁸¹.

¹¹⁸⁰ Vid. PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad*, *op. cit.*, págs. 419-470.

¹¹⁸¹ En este sentido, véase la reflexión en clave canadiense pero plenamente aplicable al ordenamiento jurídico español de LEPOFSKY, D., "The Duty to Accommodate: A Purposive Approach", *Canadian Labour Law Journal*, vol. 1, 1992, pág. 12-13, que señala que: "An employer's proffered reasons for declining to accommodate should not be accepted unless they are supported by reliable, objective and persuasive evidence showing that its concerns are well-founded. [...] Anticipated hardships caused by proposed accommodations should not be sustained if based only on a speculative or unsubstantiated concern that certain adverse consequences "might" or "could" result if a worker is accommodated. It is too easy for

Desde un plano europeo, conviene recordar que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 define el concepto “carga excesiva” de forma negativa, esto es, sosteniendo que no constituirá carga excesiva el ajuste cuando existan medidas en la política del Estado miembro sobre discapacidad que palien en grado suficiente la ejecución del ajuste. El considerando 21 de la Directiva 2000/78 complementa el artículo 5, ofreciendo una serie de pautas más concretas que pueden ser consideradas para la determinación de la carga excesiva¹¹⁸². Como puede observarse, existe un gran nivel de contraste entre el contenido del artículo 5 y del considerando 21, que hubiera exigido la colocación de algunos parámetros en el artículo 5 de la Directiva 2000/78¹¹⁸³. Es cierto que el planteamiento actual ofrece una gran flexibilidad en la caracterización de la carga excesiva, pero dificulta una aplicación armonizada de la obligación de realizar ajustes razonables.

Afortunadamente, el legislador español transpuso el concepto de carga excesiva junto con las circunstancias para su determinación¹¹⁸⁴, y actualmente su redacción se halla en el párrafo segundo del artículo 40.2 de la LGDPCD¹¹⁸⁵. Su contenido aporta más bien poco respecto al considerando 21 de la Directiva 2000/78, añadiéndose únicamente la expresión *el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa*. Sin ánimo de analizar cada uno de los factores que componen la configuración española de la carga excesiva en este momento, dado que se efectuará en los apartados siguientes de este estudio, sí que debe señalarse la reducida variedad de factores a tener en cuenta y la vaguedad con la que se formulan legalmente. Ninguna de las circunstancias que se reflejan en el marco del párrafo segundo del artículo 40.2 de la LGDPCD es

managers to conjure up a plethora of undesirable consequences of accommodations, if they put their minds to it [...].

¹¹⁸² Concretamente, el considerando 21 de la Directiva 2000/78 contempla: “Para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que éstas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda”.

¹¹⁸³ Vid. GARRIDO PÉREZ, E., “El Tratamiento comunitario de la discapacidad”, *op. cit.* pág. 186.

¹¹⁸⁴ Como ya se señaló en el apartado 5.1.3.B de esta obra, la obligación de realizar ajustes razonables, y por lo tanto el concepto de carga excesiva, se introdujo en el ordenamiento jurídico español mediante el artículo 38.2 de la Ley 62/2003, que plasmó el artículo 37.bis en la LISMI.

¹¹⁸⁵ Dicho precepto contempla: “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”.

definida de forma concreta. El enfoque que asume el legislador español es muy limitado a efectos de clarificar qué factores deben tenerse en cuenta y cómo deben ponderarse para eximir el cumplimiento de la obligación. Las consecuencias afectan negativamente al cumplimiento de la obligación, ya que otorga al empleador un margen lo suficientemente amplio como para aplicar con facilidad y relativa frecuencia la citada exención y traslada la responsabilidad de la eficacia de la obligación a los órganos judiciales, que decidirán *ad casum* y sin ningún tipo de directriz la aplicación de esta exención.

En este punto, conviene señalar que el silencio normativo no impediría, en mi opinión, la incorporación de nuevos elementos, no recogidos en la norma, a efectos de valorar la carga excesiva. De un examen del considerando 21 de la Directiva 2000/78, se evidencia la utilización de la palabra “particularmente”, que precede a los factores o circunstancias a tener en cuenta para la valoración de la carga excesiva. Este enfoque pone de manifiesto la voluntad normativa de realizar una enumeración no exhaustiva de factores, señalando, a título de ejemplo, algunos de ellos. Si a ello le sumamos la redacción amplia del artículo 5 de la Directiva 2000/78¹¹⁸⁶, y la interpretación expansiva de los ajustes razonables propugnada al amparo de los apartados 53 y 54 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, nos encontramos ante la posibilidad de que los operadores jurídicos utilicen otras circunstancias para la valoración de la carga excesiva, de forma análoga a la solución que el TJUE aplicó a propósito de la posibilidad de aplicar medidas de ajuste distintas a las establecidas en el considerando 20 de la Directiva 2000/78¹¹⁸⁷. Esta solución permite efectuar una valoración íntegra, y no sólo económica, de aquellas circunstancias significativas para efectuar o eximir un ajuste razonable.

Entrando a precisar qué circunstancias no especificadas normativamente podrían incluirse en la valoración de la carga excesiva, el derecho comparado nos ofrece algunos ejemplos interesantes, como por ejemplo el número de empleados

¹¹⁸⁶ Véase apartado 56 de las Conclusiones de la Abogado General de 6 de diciembre de 2012, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C: 2012:775.

¹¹⁸⁷ Véase apartados 55 y 56 de la STJUE de 11 de abril de 2013, Hk Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222.

contratados por el empresario en el centro de trabajo en cuestión¹¹⁸⁸; el impacto moral que supone al trabajador que solicita el ajuste¹¹⁸⁹; el tiempo que transcurre entre la solicitud del ajuste y la ejecución del mismo¹¹⁹⁰; la ponderación del ajuste si este es requerido por otra norma¹¹⁹¹; o la duración del contrato de trabajo del trabajador con discapacidad¹¹⁹². A estas circunstancias, podrían sumarse otras, como por ejemplo el impacto de realizar el ajuste respecto a la existencia de disposiciones de adaptación en la negociación colectiva; que el empleador se halle obligado al cumplimiento de la reserva de cuota de puestos de trabajo para personas con discapacidad y cómo ha cumplido con esta obligación en los últimos años; o la posibilidad de que el coste de la realización del ajuste pueda ser desgravado en el pago de impuestos del empleador.

Por último, la falta de precisión del legislador español en la transposición del concepto “carga excesiva” también se extiende a la dinámica temporal propia de esta expresión. En efecto, el legislador no especifica cuestiones esenciales del examen de la carga excesiva, como por ejemplo el margen temporal que debe tenerse en cuenta a la hora de valorar la existencia de carga excesiva o la posibilidad de revisar posteriormente la consideración de carga excesiva y bajo qué circunstancias. Como puede observarse, la carga excesiva no ha sido regulada en profundidad, y requiere, junto a la clarificación de los factores que deben tenerse en cuenta y cómo deben ponderarse para eximir el cumplimiento

¹¹⁸⁸ El ordenamiento jurídico norteamericano contempla esta circunstancia, entre otras, en el marco de la valoración de la carga excesiva, prevista normativamente en la Sección 12111 del título 42 del U.S.C. Para un examen en profundidad a propósito de esta cuestión, véase el apartado 4.1.4 de este estudio.

¹¹⁸⁹ La doctrina judicial y jurisprudencial canadiense incluyó esta circunstancia en el marco de la valoración de la carga excesiva, que puede hallarse en la Sentencia *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta*, [1990], 12 CHRR 417. Para un examen en profundidad sobre este pronunciamiento, véase el apartado 4.2.4 de este estudio.

¹¹⁹⁰ Véase el ejemplo de la legislación antidiscriminatoria austríaca, cuyo artículo 7.c de la *Behinderteneinstellungsgesetz*, que es la Ley de empleo de personas con discapacidad austríaca, incorpora esta circunstancia.

¹¹⁹¹ Así lo contempla la legislación eslovaca antidiscriminatoria. Concretamente, el artículo 7.3 de la Ley 365/2004 de 20 de mayo, sobre igualdad de trato en distintos ámbitos y protección contra la discriminación, que prevé que la carga excesiva no podrá ser alegada como excepción en aquellas situaciones en las que el ajuste o adaptación sea una actuación exigida por otra norma.

En el caso español, conviene precisar el posible conflicto entre el artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales y su incidencia en la determinación de la carga excesiva. Esta discusión ya fue resuelta en el examen europeo del artículo 5 de la Directiva 2000/78 de este estudio, concretamente en el apartado 3.3.2.A, cuyo contenido es totalmente aplicable a este problema. Asimismo, para un estudio doctrinal sobre esta cuestión véase GOÑI SEÍN, J.L.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, op. cit., pág. 171 y siguientes.

¹¹⁹² Esta circunstancia no se halla vigente en la actualidad, dado que se trata de una propuesta de cambio de la legislación holandesa. Para un examen en profundidad de la propuesta de modificación normativa, véase el documento HOTMAAT, R., “Netherlands Report on Measures to Combat Discrimination, Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC”.

de la obligación, un desarrollo reglamentario en aras de ofrecer una mínima seguridad jurídica en la aplicación de esta institución.

b) Las circunstancias legales que componen la determinación de la carga excesiva (I): Las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad

El segundo párrafo del artículo 40.2 de la LGDPCD incluye, como ya se ha identificado, la necesidad de valorar la percepción de medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad como circunstancia para determinar, entre otras, la existencia de carga excesiva. La caracterización de este factor es una expresión sinónima a la utilizada por el legislador europeo en el marco del considerando 21 de la Directiva 2000/78¹¹⁹³, optando así por una transposición que, como se explicará más adelante, dista de ser la más efectiva en términos de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

En líneas generales, las especiales dificultades de acceso y mantenimiento en el empleo de los trabajadores con discapacidad han propiciado que los poderes públicos elaborasen políticas de empleo destinadas a incrementar el número de personas con discapacidad que prestan servicios. En este sentido, podemos observar que se han previsto distintas medidas de promoción del empleo, tanto en el ámbito público como privado. Sin embargo, las dos medidas estrellas han sido la cuota de reserva¹¹⁹⁴, y los incentivos económicos a la contratación ordinaria, sin perjuicio de la existencia de otras que no se abordarán por cuestiones de espacio¹¹⁹⁵.

¹¹⁹³ Concretamente, el mencionado considerando contempla: “[...] la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda”.

¹¹⁹⁴ El artículo 38 de la LISMI regula una cuota de reserva del 2 % de los puestos de trabajo a favor de trabajadores con discapacidad en empresas de más de 50 trabajadores. Para un análisis en detalle actualizado de la medida, véase PÉREZ PÉREZ, J., “La cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad: Una visión crítica de la regulación de las medidas alternativas a su cumplimiento”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 5, 4, 2012, pág. 135-166.

¹¹⁹⁵ Algunos ejemplos de estas medidas son los incentivos económicos dirigidos a la integración de trabajadores con discapacidad en empresas de economía social (cooperativas y sociedades laborales), autoempleo de personas con discapacidad o ayudas destinadas a la adaptación de puestos de trabajo en Centros Especiales de Empleo.

Para un examen detallado sobre esta cuestión, véase ESTEBAN LEGARRETA, R., “El empleo protegido en España: Configuración normativa”, en DE LORENZO, R. (Dir) y PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 681-683; ESTEBAN LEGARRETA, R. (DIR.); PÉREZ AMORÓS, F. (DIR.), *La*

Atendiendo a aspectos relacionados de forma más estrecha con la temática que aborda el presente estudio, las que más interés suscitan son los incentivos económicos a la contratación ordinaria de personas con discapacidad. Tales cantidades se hallan previstas en la disposición adicional novena de la Ley 45/2002; los artículos 2.2.1, 2.2.3 y la disposición adicional primera de la Ley 43/2006, el artículo 3 de la Ley 3/2012 y la disposición adicional vigésima del TRLET, y oscilan entre los 3.500 euros y los 6.300 euros, en función del tipo de contrato realizado, y la edad y sexo del trabajador.

Respecto a las bonificaciones a las cuotas empresariales, accidente de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta, el porcentaje de bonificación dependerá de la edad y el sexo de la persona con discapacidad contratada. En particular, el artículo 7 RD 1451/1983, actualmente en vigor¹¹⁹⁶, prevé un porcentaje de bonificación del 70 % de las citadas cuotas si el trabajador con discapacidad contratado es menor de 45 años, porcentaje que se amplía hasta los 90 puntos si el trabajador con discapacidad contratado es mayor de 45 años. Tales porcentajes se ampliarán al 90 % y al 100 %, respectivamente, si se trata de contrataciones de mujeres con discapacidad.

En cuanto a las subvenciones, especial consideración merece la subvención por contrato celebrado con personas con discapacidad, regulada en el artículo 7 del RD 1451/1983, y la subvención pública para la adaptación de puestos de trabajo,

aplicación del derecho del trabajo en los centros especiales de empleo, op. cit., págs. 301-348; DE LORENZO GARCÍA, R.; CABRA DE LUNA, M.A., "El empleo de las personas con discapacidad", en DE LORENZO, R. (DIR.) y PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 1174-1198; PRADOS DE REYES, F.J.; ALAMEDA CASTILLO, M.T., "Derecho del Trabajo. Relaciones de trabajo y política de empleo de los trabajadores con discapacidad", en *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2006, págs. 334-348; LAHERA FORTEZA, J., *Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados, op. cit.*, págs. 115-120; NUÑEZ GONZÁLEZ, C., *La integración laboral de las personas con discapacidad, op. cit.*, págs. 238-239.

¹¹⁹⁶ En un primer momento, la Disposición derogatoria única apartado segundo de la Ley 43/2006 estableció la derogación de las referencias a las bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por la contratación de trabajadores con discapacidad establecidas, entre otras, en el RD 1451/1983. La Disposición derogatoria única apartado 1.a Real Decreto-Ley 3/2011, de 18 de febrero incluyó, de nuevo, la derogación del capítulo II (artículos 7 a 14) del RD 1451/1983.

Ahora bien, la disposición derogatoria única 1.h del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, establece la derogación expresa de la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, entre otras, que contemplaba la derogación, entre otras, del capítulo II (artículos 7 a 14) del RD 1451/1983. La vigencia y derogación de la norma, en los términos precisados, puede constatarse en el apartado análisis de la página web del BOE en la que consta la aprobación de la norma: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1983-15813#analisis.

prevista en el artículo 12 del RD 1451/1983. La subvención por contrato celebrado consiste en un pago único, que asciende a la cantidad de 3.907.- Euros, y se concede por cada contrato indefinido, ya sea a tiempo completo o parcial¹¹⁹⁷, formalizado con personas con discapacidad. Paralelamente, las empresas que se beneficien de la concesión de esta subvención tienen la obligación de mantener en sus plantillas a los trabajadores contratados durante un periodo mínimo de 3 años, prohibiéndose de forma expresa despedir sin causa justificada a estos trabajadores, ya que en caso de despido improcedente deberán devolver íntegro el importe de la subvención. En supuestos de despido procedente, el empresario deberá contratar a otro trabajador con discapacidad, sin que tenga derecho a volver a percibir la subvención, so pena de devolver íntegramente los importes percibidos al amparo del artículo 10 *in fine* del RD 1451/1983¹¹⁹⁸. No obstante, la penalización prevista por el legislador podrá ser objeto de modulación por los tribunales atendiendo a la equidad, tal y como ha señalado la doctrina de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS¹¹⁹⁹. Así, en casos de despido procedente, la imposibilidad de contratar a otro trabajador con discapacidad llevará a la obligación de devolver, únicamente, la parte proporcional de los tres años no cubierta con una contratación de persona con discapacidad.

La subvención pública para la adaptación del puesto de trabajo se encuentra regulada en el artículo 12 del RD 1451/1983 y admite tres posibles finalidades: la adaptación de puestos de trabajo, la dotación de equipos de protección personal o la eliminación de barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de las personas con discapacidad. Su concesión se limita a aquellas empresas que, hallándose al corriente de pago de sus obligaciones tributarias y de seguridad social, contraten personas con discapacidad, permitiendo la compatibilidad de

¹¹⁹⁷ La posibilidad de conceder la subvención a aquellas empresas que contratasen trabajadores con discapacidad a tiempo parcial, con la correspondiente prorrateo proporcional a la jornada efectivamente pactada *ex artículo 7.1 in fine*, no se incluyó *ab initio* en la redacción del RD 1451/1983. Tuvieron que pasar 16 años, en concreto hasta la aprobación del Real Decreto 4/1999 de 8 de enero, para que el legislador incluyera dicha posibilidad, motivándose tal actuación, según el preámbulo de dicha norma, en “[...] *las experiencias positivas que se generaron al amparo del Real Decreto 1451/1983, [...]*”

¹¹⁹⁸ La devolución de la subvención es una facultad sometida al plazo de prescripción de 4 años previsto según el artículo 15.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, tal y como se ha manifestado por la doctrina judicial. En este sentido, la STSJ de Castilla La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 686/1998, de 31 de Julio (RJCA 1998\2959) fija en su Fundamento de Derecho I que el plazo a tener en cuenta para la prescripción del derecho de la Hacienda Pública al cobro de créditos a su favor es el previsto en el artículo 40 de la hoy derogada Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria.

¹¹⁹⁹ *Vid.* STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de febrero de 1997 (RJ 1997/1094).

ésta con la percepción de la subvención por contrato realizado. En este punto, llama poderosamente la atención que el trabajador pueda solicitar la citada subvención de forma subsidiaria, esto es en aquellos casos en los que la empresa no la solicitase, máxime cuando la obligación de adaptación del puesto de trabajo, que en 1983 no existía en el ordenamiento jurídico español y no se introducirá en la LISMI hasta 2003¹²⁰⁰, se atribuyó, como no puede ser de otra manera, al empresario. La concreción de la cuantía, los requisitos y las obligaciones del beneficiario, entre otras, las hallamos en la Orden de 13 de Abril de 1994 por la que se regula la concesión de las ayudas y subvenciones sobre fomento del empleo de los trabajadores *minusválidos* que establece el capítulo II del RD 1451/1983, norma ésta que ha sufrido un tortuoso recorrido¹²⁰¹, pero que finalmente, a día de hoy, se encuentra vigente tras la reanudación de su vigencia por el RDL 3/2012, transformado en la Ley 3/2012. Llama la atención que la cuantía de la subvención no se reguló, de forma inexplicable, en el momento de su creación, y, de hecho, se demoró hasta la aprobación de la Orden de 13 de abril de 1994 por la que se regula la concesión de las ayudas y subvenciones sobre fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad que establece el capítulo II del RD 1451/1983. El artículo 1.2 de esta orden contempla una cuantía variable, que dependerá del coste asumido por el empresario, y que en cualquier caso será de un máximo de 901,52.- euros¹²⁰². Respecto a los requisitos exigidos, no van más allá de hallarse al corriente de las obligaciones tributarias y de seguridad social (artículo 2 de la citada orden).

Ante este escenario, los incentivos económicos a la contratación en el ámbito del empleo ordinario han sido el recurso más utilizado por el legislador para fomentar el empleo de las personas con discapacidad. Ahora bien, su importancia en el

¹²⁰⁰ La obligación de realizar ajustes razonables se introdujo en el artículo 37.bis LISMI, fruto de la transposición de la Directiva 2000/78 en el ordenamiento jurídico español, que se realizó mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

¹²⁰¹ La citada orden fue derogada en un primer momento por la disposición derogatoria única del real Decreto Ley 3/2011 de 18 de febrero. No obstante, la disposición derogatoria única del RDL 3/2012, que fue transformado en la Ley 3/2012, declaró la derogación expresa de la disposición derogatoria única del Real Decreto Ley 3/2011 de 18 de febrero.

En este orden de cosas, el RDL 3/2012, transformado en la Ley 3/2012 tras el oportuno trámite parlamentario, retomó la vigencia de la citada orden de 13 de abril de 1994 a través de la letra k de la Disposición Final Duodécima del citado RDL 3/2012.

¹²⁰² La redacción original de la disposición prevé una cantidad máxima de 150.000.- pesetas por trabajador *minusválido contratado* [...], cantidad ésta que al cambio en euros asciende a 901,52.- Euros.

marco de la obligación de realizar ajustes razonables es muy reducida¹²⁰³. Esta circunstancia ha supuesto que las medidas, ayudas y subvenciones adquieran una importancia crucial en el marco de la determinación de la carga excesiva.

Sin embargo, el legislador no ha procedido a actualizar las ayudas y subvenciones públicas de forma coherente con la obligación de realizar ajustes razonables. En efecto, a las ya escasas cuantías iniciales de ambas subvenciones, se ha sumado la falta de actualización de los importes, tanto de la subvención pública por contrato celebrado con personas con discapacidad¹²⁰⁴, como de la subvención pública para la adaptación del puesto de trabajo¹²⁰⁵, circunstancias estas que han provocado que su eficacia como medida paliativa del impacto sea ínfima. Se desconocen las razones de este abandono normativo, pero los efectos contribuyen a mantener las adaptaciones en un estado de hibernación. Ya no solo por la pérdida de valor que ello supone, sino por la nula adaptación normativa de esta subvención con relación a la obligación de realizar ajustes razonables.

La transposición de esta medida al ordenamiento jurídico español exigía una actualización de la subvención pública para la adaptación del puesto de trabajo, ya que se trata de una ayuda que encaja perfectamente con la finalidad de esta medida. De hecho, el Gobierno mostró la voluntad de promover la actualización de esta subvención en el marco de la Estrategia Global 2008¹²⁰⁶, cuyas previsiones iban encaminadas a incrementar las ayudas para la adaptación de puestos de trabajo, e incluso ampliarlas para casos de discapacidad sobrevenida, pero la realidad normativa evidencia una ausencia absoluta de intervención del legislador sobre esta materia.

¹²⁰³ De hecho, en la dimensión en la que adquiere una mayor importancia es en el acceso al empleo, prevista expresamente por el artículo 5 de la Directiva 2000/78 y el artículo 40.2 *in fine* de la LGDPCD.

¹²⁰⁴ La cantidad prevista inicialmente (500.000 pesetas) sólo ha sido objeto de ampliación una vez, en la que se incrementó la cuantía a 650.000.- pesetas, esto es, los actuales 3.907.- Euros. Sorprende cuanto menos que el legislador no se haya preocupado actualizar dicha cuantía, como mínimo, conforme el incremento anual del IPC.

¹²⁰⁵ Esta institución se halla totalmente olvidada por el legislador, que ni tan siquiera ha procedido a actualizar su cuantía conforme a las fluctuaciones del Índice de Precios al Consumo (IPC), tal y como sucede con la subvención pública para la contratación de personas con discapacidad.

¹²⁰⁶ Véase las líneas operativas cinco y seis del objetivo número seis de la Estrategia Global 2008.

El impacto es especialmente negativo respecto a su consideración como factor que puede valorarse en el marco de la determinación de la carga excesiva de un ajuste. En este sentido, la falta de actualización normativa redundaría en perjuicio de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, dado que no mitiga en grado suficiente la calificación como excesiva de la realización de ajustes razonables, y consecuentemente, amplía la potencialidad de la valoración de la adaptación del puesto de trabajo como desmesurada. Es por ello que el mantenimiento de una actitud pasiva sobre esta cuestión es inadmisibles. Sería recomendable que el legislador ampliase la cuantía de la subvención urgentemente, o como mínimo, proceder a su actualización conforme al Índice de Precios al Consumo, en tanto que dicha omisión desnaturaliza la finalidad incentivadora de la subvención y afecta negativamente a la determinación de la carga excesiva en el marco de la obligación de realizar ajustes razonables. Esta cuestión es de gran importancia, ya que aumentar las ayudas y cuantías destinadas a realizar adaptaciones de puestos de trabajo supondría que la carga excesiva que podría existir en un primer momento desaparecería, a la luz de que dichas ayudas contribuyen efectivamente a paliar en grado suficiente la carga que supone realizar ajustes razonables, en su caso. Así pues, un mayor número y cuantía de las ayudas y subvenciones públicas destinadas a realizar ajustes razonables permitiría exigir adaptaciones que *prima facie* supondrían una carga excesiva para el empleador.

En otro orden de cosas, debemos destacar negativamente la falta de concreción del legislador español sobre aspectos claves a propósito de las ayudas y subvenciones que pueden valorarse en el marco de la carga excesiva. Así, por ejemplo, no existe remisión del régimen de ayudas en el marco del artículo 40.2 de la LGDPCD, qué ayudas pueden tener un papel más relevante en la valoración de la carga excesiva¹²⁰⁷, la ponderación de ayudas autonómicas y estatales

¹²⁰⁷ Sobre esta cuestión, debemos diferenciar la finalidad del ajuste entre las distintas posibilidades legales que ofrece el artículo 40.2 de la LGDPCD, a saber, acceso al empleo, realización de las tareas profesionales, progresar profesionalmente y acceder a la formación, ya que ello supondrá que la concesión de ciertas ayudas adquiere una mayor importancia en la valoración de la carga excesiva.

De esta manera, si el ajuste pretende posibilitar el desempeño del trabajo de la persona con discapacidad, la solicitud o la concesión de la subvención por adaptación del puesto de trabajo ex artículo 12 del RD 1451/1983 será una circunstancia que debe asumirse una mayor relevancia respecto a la solicitud o percepción de otras ayudas. En cambio, si nos encontramos ante un ajuste razonable efectuado para el acceso al

cuando exista la posibilidad empresarial de solicitar ambas, o la inclusión de la desgravación fiscal del coste del ajuste como factor a considerar son algunos de los aspectos que deberían ser incluidos en el marco del artículo 40.2 de la LGDPCD, o en su defecto, cuando se proceda al desarrollo reglamentario de esta obligación empresarial.

En estrecha conexión con esta cuestión, mención particular merece la expresión “[...] se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad”. Tal redacción integra un elemento positivo, si bien puede ser objeto de mejora. En efecto, la consideración legal de las medidas, ayudas o subvenciones públicas en el marco de la valoración de la carga excesiva añade coherencia en el examen de la obligación de realizar ajustes razonables, pues este deber empresarial requiere examinar el mayor número de elementos posible que afecten a la actividad empresarial. No obstante, esta circunstancia no se acomoda, en mi opinión, a la redacción de una norma de transposición. El legislador español integró una redacción típica de una Directiva, pensada en clave multinivel, pero que resulta poco eficaz a nivel nacional, ya que no especifica qué ayudas, medidas o subvenciones públicas pueden integrarse en esta valoración, generando así lagunas interpretativas¹²⁰⁸. En líneas generales, el defecto principal del que adolece una transposición casi literal de una Directiva es la excesiva generalidad. Esta deficiencia se magnifica cuando se trata de concretar factores de una obligación que exige un estudio casuístico por naturaleza. Y este es el supuesto ante el que nos encontramos con esta obligación; la transposición del artículo 5 de la Directiva 2000/78 al ordenamiento jurídico español no ha referenciado la tipología de ayudas a tener en cuenta, y menos aún, se ha procedido a actualizar el marco de medidas, ayudas y subvenciones públicas del ordenamiento jurídico español. Las consecuencias de ello se traducen en una gran inseguridad jurídica para los operadores, existiendo un amplio margen de exención de la obligación que reduce su eficacia aplicativa.

empleo, la subvención para la contratación de personas con discapacidad contemplada en el artículo 7.1 del RD 1453/1983 será crucial para la determinación de la carga excesiva.

¹²⁰⁸ Como ejemplos de situaciones no resueltas por la norma, podemos identificar la inclusión de medidas, ayudas o subvenciones que sean de naturaleza privada o cómo deben ponderarse el acceso a medidas, ayudas o subvenciones públicas autonómicas y locales en relación con el marco de incentivos estatal.

Como propuesta de mejora, sería interesante introducir el examen de las medidas, ayudas o subvenciones a las que el empresario tenga acceso o que haya percibido efectivamente. La previsión de esta cláusula integraría un elemento muy presente en el marco de la citada obligación, que es el estudio de las circunstancias de cada situación. De este modo, el análisis del impacto de esta circunstancia en el marco de la carga excesiva asumiría una mayor profundidad, valorándose el marco existente de todas las ayudas y subvenciones disponibles -tanto privadas como públicas- y el grado de diligencia empresarial en relación con el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad.

Por último, especial mención merece el uso de la expresión “paliar en grado suficiente” en el marco del párrafo segundo del artículo 40.2 de la LGDPCD. El legislador español optó por trasladarlo de forma idéntica a como aparece en la Directiva 2000/78, exigiendo así implícitamente una comparación entre el coste económico de la medida y el marco de medidas, ayudas o subvenciones públicas existentes. Sin embargo, esta circunstancia no precisa el alcance y la repercusión de las ayudas y/o subvenciones públicas en la valoración de la exención. De hecho, una obligación que requiere un análisis individual establecido *ex lege*¹²⁰⁹, exige reglas concretas en la definición de sus términos y su aplicación, so pena de generar una interpretación desarmonizada a nivel judicial. Así, sería conveniente definir el significado de la expresión “en grado suficiente”, ofrecer reglas que permitan clarificar de forma evidente la concurrencia de esta circunstancia¹²¹⁰, o incluso optar por un cambio más ambicioso en el modelo de medidas, ayudas y subvenciones relativas a la adaptación de los puestos de trabajo de personas con discapacidad¹²¹¹.

¹²⁰⁹ El artículo 40.2 de la LGDPCD establece la obligación “[...] en función de las necesidades de cada situación concreta [...]”

¹²¹⁰ En este punto, el legislador podría incluir una lista no tasada de situaciones en las que podría apreciarse la inexistencia de carga excesiva, como por ejemplo la circunstancia de que el importe de las medidas, o subvenciones públicas que pueden solicitarse o percibidas efectivamente por el empresario cubren completamente el coste de la adaptación.

¹²¹¹ En este sentido, ESTEBAN LEGARRETA, R.; NUÑEZ GONZÁLEZ, C., “Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo”, *op. cit.*, pág. 580, apuntan como propuesta *el establecimiento de un régimen variable que tenga en cuenta los elementos que se utilizan en el cálculo de la razonabilidad de la adaptación, y sobre esta base, se estimen los posibles perjuicios globales que deban ser compensados.*

c) Las circunstancias legales que componen la determinación de la carga excesiva (II): Los costes financieros y de otro tipo

Los costes de la medida han sido otro de los factores a considerar en la determinación de la carga excesiva respecto de la obligación de realizar ajustes razonables. Mediante la expresión “[...] los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen [...]”, el artículo 40.2 de la LGDPCD integra la valoración económica del ajuste como circunstancia relevante para la exención del deber empresarial. Sin embargo, el legislador muestra una voluntad de no limitar el análisis a una dimensión puramente económica, a diferencia de otros países que teóricamente se han mostrado más vanguardistas en la protección de los derechos de las personas con discapacidad¹²¹². En efecto, el uso de la cláusula “y de otro tipo” exige efectuar un examen completo de los costes implícitos en las medidas a llevar a cabo por el empleador, adoptando así una perspectiva amplia y profunda del coste de la medida. Ahora bien, ¿cuál es su significado? Sobre este punto, la doctrina iuslaboralista ha caracterizado el contenido de la expresión “coste financiero y otro tipo que las medidas impliquen”, de tal forma que incluye *la capacidad económica necesaria para asumir el coste real y aquellas dificultades de índole organizativo o productivo que la medida pueda suponer*¹²¹³.

No obstante, la redacción legal de esta circunstancia para la determinación de la carga excesiva muestra un carácter marcadamente económico¹²¹⁴, ya que el legislador ha optado por incorporar dos categorías de costes a valorar: los

¹²¹² Así, por ejemplo, Canadá no contempla la previsión del análisis de otro tipo de costes que implique la medida en el marco de la valoración de la carga excesiva. De hecho, ya no sólo por el silencio normativo, sino por la ausencia de referencia a este factor en la Sentencia *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta*, [1990], 12 CHRR 417, ya advertido en el apartado 4.2.4 de esta obra. Y en este mismo sentido, Estados Unidos de América tampoco ha incluido la valoración de otro tipo de costes, más allá del coste neto previsto expresamente en la sección 12111 del título 42 del U.S.C., tal y como se ha apuntado en el apartado 4.1.4 de este estudio.

A nivel europeo, el escenario es sumamente parecido. Reino Unido prevé la valoración de otros costes, pero en el marco de la valoración de la razonabilidad, como ya se ha señalado en el apartado 4.3.4 de este estudio. Y respecto a Francia, el párrafo segundo del artículo L5213-6 del CdT preceptúa que la mencionada obligación deberá ser cumplida siempre y cuando el coste no sea desproporcionado, exigiendo a tal efecto la valoración de la ayuda prevista en el artículo L5213-10 del CdT, tal y como se indicó en el apartado 4.4.4 de este estudio.

¹²¹³ Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R.; NUÑEZ GONZÁLEZ, C., “Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo”, *op. cit.*, págs. 576-577.

¹²¹⁴ En este sentido, véase CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, *op. cit.*, págs. 148-149, que destaca la importancia del coste del ajuste y la capacidad financiera del empresario como factores principales en el marco de esta dimensión de la determinación de la carga excesiva.

económicos y los de otro tipo. Como puede apreciarse, se opta por señalar la necesidad de valorar el coste económico, pero no se define en qué pueden consistir los otros costes. Esta falta de concreción nos lleva a afirmar que, si bien es cierto que los análisis de otro tipo de costes tendrán cabida en el examen de la carga excesiva, existe un mayor peso interpretativo del valor económico del coste.

En este sentido, debe clarificarse que no nos encontramos ante una relación de jerarquía entre ambas categorías, pues operan al mismo nivel, pero sí que debe señalarse un hecho relevante: la concreción del carácter económico, puntualización inexistente en la segunda categoría. El legislador tuvo la oportunidad de concretar qué tipo de costes se integran en la expresión “y de otro tipo”, ya sea en el marco del artículo 40.2 de la LGDPCD o en el preámbulo de la LGDPCD a modo de listado no exhaustivo. A título de ejemplo, algunas de las sugerencias que ha planteado la doctrina iuslaboralista han sido los perjuicios de carácter organizativo que la medida pueda ocasionar y los costes derivados de la necesidad de explicar la medida al resto de trabajadores, así como de elaborar un plan formativo o de realizar un seguimiento del impacto de la medida en el entorno laboral¹²¹⁵, y el impacto que suponen sobre otros trabajadores la realización de los ajustes razonables¹²¹⁶. A estas circunstancias, podrían sumársele las posibilidades de financiación a las que la empresa u organización tiene acceso, el coste de oportunidad que supone dejar de realizar la adaptación del puesto de trabajo, o la atenuación de la importancia de los costes si se trata de una acomodación del puesto de trabajo que perdurará en la organización o empresa durante un largo periodo de tiempo, beneficiando así a distintos trabajadores/as con discapacidad. Sin embargo, la solución ideal hubiera sido utilizar la expresión “los costes que las medidas impliquen”, ya que expresa la *voluntas legislatoris* de incluir todo tipo de costes en la valoración de la carga excesiva, y diluye la posible existencia de diferencias entre las distintas dimensiones del coste de la medida.

¹²¹⁵ Vid. RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., “Las medidas de ajuste razonable y su exención por carga excesiva”, *op. cit.*, pág. 54.

¹²¹⁶ Vid. CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, *op. cit.*, pág. 149.

Por otro lado, ha de destacarse la conexión normativa entre el coste y las medidas pertinentes. Mediante la expresión “[...] que las medidas impliquen [...]”, el legislador relaciona muy acertadamente la valoración del coste con las medidas a llevar a cabo, limitando así la valoración de los costes a aquellos que se deriven directamente de los ajustes razonables a realizar. Sin embargo, no se ha entrado a precisar cómo deben valorarse los costes del ajuste respecto a los posibles beneficios de la medida en cuestión. La evaluación de los costes no está vinculada a los efectos beneficiosos que puede ofrecer su provisión, y, por lo tanto, el análisis legal no exigirá un examen de la eficacia del ajuste, sino simplemente de su coste con relación al volumen de negocios de la empresa y la percepción de ayudas o subvenciones públicas. Esta circunstancia condiciona el análisis de los costes de la medida a un estudio desvinculado de los efectos del ajuste que dificulta el estudio de la carga excesiva, pues se excluye la ponderación de las ventajas que supondría llevar a cabo el ajuste razonable. En consecuencia, el examen de la carga excesiva se centra en una visión limitada a los medios empresariales, omitiendo así un aspecto objetivo (la comparativa de los efectos del ajuste en relación con los costes) de una importancia capital en el marco de la configuración legal de la exención de esta obligación.

d) Las circunstancias legales que componen la determinación de la carga excesiva (III): El tamaño y el volumen de negocios total de la empresa

El último de los factores a considerar para determinar la existencia de carga excesiva en el marco de la obligación de realizar ajustes razonables es el tamaño y volumen de negocios total de la empresa. Este elemento, que contiene dos circunstancias (tamaño de la empresa y volumen de negocios) no aparece reflejado entre las circunstancias que definen la carga excesiva en el artículo 5 de la Directiva 2000/78, aunque se trata de una circunstancia clásica desde una perspectiva comparada¹²¹⁷, y su incorporación en el ordenamiento jurídico

¹²¹⁷ Excepto Francia, muchos ordenamientos jurídicos la han plasmado explícitamente. Así, a título de ejemplo, Estados Unidos de América, Canadá y Reino Unido la contemplan en sus legislaciones, tal y como se constata en los apartados 4.1.4, 4.2.4 y 4.3.4 de este estudio.

español ha sido todo un acierto¹²¹⁸. En efecto, el legislador ha integrado en el marco de esta obligación la diversidad del tejido empresarial existente, y ello ofrece un notable grado de profundidad en el examen de esta circunstancia que debe destacarse positivamente, pues otros países no han prestado atención a este factor.

Sin embargo, el establecimiento del tamaño y volumen de negocios total de la empresa se efectúa de forma un tanto abstracta, sin ningún tipo de concreción, que siembra una gran incertidumbre jurídica en torno a su interpretación y caracterización, especialmente respecto al modo en que influyen estos factores a la hora de valorar la existencia de carga excesiva. La formulación del artículo 40.2 de la LGDPCD se realiza sin prestar atención a los detalles, que pueden ser importantísimos en la valoración de la exención al cumplimiento de esta obligación. De hecho, no se trata de contemplar nuevos elementos¹²¹⁹, sino más bien de concretar, mediante un artículo o desarrollo reglamentario en el marco de la obligación de realizar ajustes razonables, el encaje de la valoración del volumen de negocios y del tamaño de la empresa en la determinación de la carga excesiva. Especialmente necesaria sería la definición y caracterización de los conceptos “tamaño de la empresa” y “volumen de negocios total de la empresa”.

Respecto al primero de ellos, debería concretarse qué circunstancias lo componen, ya que el legislador ha utilizado un término más amplio que plantilla de trabajadores, pero no ha definido los indicadores empresariales que deben valorarse para su aplicación como factor que determine la carga excesiva de un ajuste. La generalidad de la expresión parece incluir, además de la plantilla total de trabajadores, el número de centros de trabajo y/o empresas que integren el

¹²¹⁸ Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R.; NUÑEZ GONZÁLEZ, C., “Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo”, *op. cit.*, pág. 577.

¹²¹⁹ En este sentido, véase el punto cuarto de la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad, precepto éste que si bien plasma una tabla que ilustra el tipo aplicable para calcular la aportación económica en el marco de despidos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años en empresas con beneficios, incluye la valoración de distintas variables que podrían ser trasladadas al examen de la carga excesiva, como por ejemplo, el porcentaje de beneficios sobre ingresos o el número de trabajadores de la empresa.

Para un examen en profundidad sobre este precepto, véase ESTEBAN LEGARRETA, R., “La obligación empresarial de realizar aportaciones al Tesoro Público en despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años. Un análisis crítico tras cuatro años de vigencia”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, vol. 12, 2015, págs. 34-60.

grupo empresarial¹²²⁰, y el patrimonio del que se disponga, pero la ausencia de un desarrollo reglamentario y de pronunciamientos judiciales genera actualmente un vacío interpretativo que convendría resolver mediante una clarificación normativa que mencionase expresamente tales elementos.

En cuanto a la expresión “volumen de negocios total de la empresa”, sería conveniente asimismo su definición, aunque no con la misma prioridad que la relativa al tamaño de la empresa. La significación del volumen de negocios presenta, como mínimo, una caracterización delimitada por su connotación contable, que debe analizarse en el marco de todos los centros de trabajo y/o empresas que compongan el grupo de empresas¹²²¹. Sin embargo, resulta necesario concretar la dimensión temporal del análisis del volumen de negocios, ya que se trata de una circunstancia que puede oscilar sensiblemente en función de las circunstancias económicas o de la fecha del inicio de la actividad empresarial. La fecha de la solicitud de la realización del ajuste podría ser el momento temporal idóneo para considerar el análisis del volumen de negocios total de la empresa, si bien debería examinarse junto con la evolución de dicha cifra durante un periodo más amplio, como puede ser un trimestre o un año, obteniendo así una panorámica estable del volumen de negocios empresarial.

Paralelamente, sería interesante añadir la prohibición de valorar previsiones futuras de reducción de ingresos o de actividad como justificación de la existencia de carga excesiva. La obligación de realizar ajustes razonables es un deber empresarial que pretende fomentar el empleo de las personas con discapacidad, y su cumplimiento no debería someterse a circunstancias hipotéticas que no se han manifestados en el momento de su cumplimiento. No obstante, sí que es cierto que las circunstancias empresariales pueden cambiar con el paso del tiempo, y, en consecuencia, esta lectura restrictiva debería compensarse mediante la posibilidad normativa de valorar la obligatoriedad del cumplimiento de

¹²²⁰ Sobre esta cuestión, a primera vista pueden suscitarse dudas sobre si el legislador exige un examen de todas las unidades productivas empresariales, pero la inclusión de la conjunción copulativa “y” enlaza ambas expresiones, cuya caracterización es distinta pero que, en ambos casos, incluye un análisis del grupo empresarial o centros de trabajo existentes.

¹²²¹ La inclusión del término “total” desempeña un papel muy relevante en este sentido, exigiendo legalmente un examen global de todas las unidades productivas empresariales, tesis esta que también debe aplicarse en relación con la expresión “tamaño de la empresa”, tal y como se ha señalado.

la obligación, una vez transcurrido el momento inicial de petición, única y exclusivamente en aquellas situaciones en las que el ajuste tenga asociado un coste de mantenimiento. La valoración del coste de mantenimiento de un ajuste puede valorarse en el momento de solicitud y ejecución del ajuste, pero la incertidumbre de los resultados inherentes a una actividad empresarial puede generar cambios sustanciales que, en virtud del principio “*rebus sic stantibus*”, exigiría contemplar la posibilidad de revisar la existencia de carga excesiva cuando se produzcan alteraciones sustanciales que generen un coste desproporcionado e inasumible para el empresario.

En otro orden de consideraciones, merece la pena identificar algunos aspectos omitidos por el legislador en la regulación del tamaño y volumen de negocios total de la organización o empresa como factores que condicionan la calificación de la carga excesiva. El primero de ellos es el silencio de la norma respecto al fenómeno, en auge en los últimos tiempos, de los grupos de empresa, cuestión esta apuntada de forma indirecta anteriormente. La actual organización de las unidades empresariales tiende de modo creciente a la deslocalización regional, a través de subdivisiones, que comparten una apariencia externa unitaria. Sin embargo, la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables no recoge esta realidad, a la vista de la referencia expresa a la *organización o empresa* ex artículo 40.2 de la LGDPCD. En este punto, la aprobación de la LGDPCD era una ocasión excelente para incluir cómo afecta el hecho de encontrarnos ante un grupo de empresas en la determinación de la carga excesiva, o como mínimo, plasmar una mención a la existencia de grupos de empresas como factor que modifique la valoración de la carga excesiva. Los efectos que se derivan de este silencio normativo trasladan la resolución de este tipo de cuestiones a los tribunales, con la consecuente dispersión de soluciones que ello puede suponer¹²²². Por lo tanto, sería recomendable que el artículo 40.2 de la LGDPCD incorporase la expresión “o grupo de empresas, en su caso”, a fin de ofrecer seguridad jurídica a los operadores.

¹²²² Sobre los efectos negativos del papel de la jurisprudencia en la resolución de cuestiones no plasmadas en la norma, véase ESTEBAN LEGARRETA, R.; NUÑEZ GONZÁLEZ, C., “Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo”, *op. cit.*, pág. 578, que señalan que “[...] termina siendo mal resuelto a través de la aplicación de los conocidos criterios jurisprudencialmente acuñados de prestaciones laborales indiferenciadas, caja única, dirección unitaria y presentación externa unificada”.

Como segunda cuestión, es necesario señalar la ausencia de atención normativa prestada a las dificultades en el desarrollo de la actividad empresarial en la determinación de la carga excesiva. El legislador no incluye circunstancias tan estrechamente vinculadas al coste de la medida y al volumen de negocio y tamaño de la empresa, como pueden ser la situación económica financiera de la organización o la existencia de causas objetivas de carácter económico, técnico, organizativo y/o productivo. Tales situaciones pueden tener un impacto relevante en la determinación de la carga excesiva, pues condicionan prácticamente la totalidad del cumplimiento de la obligación del deber de adaptación del puesto de trabajo. En este sentido, sería interesante que la norma integrase el análisis de la situación económica-financiera de la empresa u organización, así como la existencia de circunstancias económicas adversas como parámetros a tener en cuenta para la exoneración del deber empresarial objeto de estudio. Conviene matizar aquí que no debe considerarse cualquier dificultad económica de forma general e indiferenciada, sino única y exclusivamente aquellas que tengan un carácter duradero y resulten debidamente acreditadas y reconocidas por los tribunales o la autoridad laboral, como por ejemplo la inmersión de la organización en un proceso concursal o de reestructuración empresarial, o la existencia de causas económicas, técnicas organizativas y/o productivas en los términos exigidos por el artículo 51.1 TRLET. Y en este sentido, el legislador debería incorporar un intervalo temporal limitado en el que puedan apreciarse estas circunstancias a fin de evitar una aplicación torticera de esta circunstancia como exención generalizada a la obligación de realizar ajustes razonables. Así, a título de ejemplo, la valoración de la existencia de estos factores durante el año anterior podría ser una buena fórmula que reconociese la incidencia de dificultades empresariales en un marco limitado de tiempo.

A modo de cierre, la existencia de lagunas normativas en el concepto “tamaño y el volumen de negocios total de la empresa” revelan la necesidad de desarrollar reglamentariamente su caracterización y su interacción con los demás factores que determinan la carga excesiva. Esta reflexión es plenamente aplicable a todas las circunstancias legales que componen la determinación de la carga excesiva, pero especialmente necesaria respecto al tamaño y volumen de la empresa, pues

la diversidad existente en el tejido empresarial exige una respuesta a medida para cada situación. En este punto, no puede olvidarse la idoneidad del protagonismo que debería asumir la negociación colectiva, especialmente a la luz del artículo 42 de la Ley 62/2003. Ahora bien, en ningún caso *puede servir para descargar al legislador de una responsabilidad que, hasta ahora, no ha resuelto de modo suficiente*¹²²³.

5.2.3. El incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables

Una cuestión central en el examen de la obligación de realizar ajustes razonables es la conceptualización de su incumplimiento y las consecuencias derivadas de tal comportamiento, que no ha sido resuelta por el legislador de forma explícita. Este apartado pretende abordar en primer lugar la naturaleza del incumplimiento del mencionado deber empresarial, o, en otras palabras, si nos encontramos ante una conducta discriminatoria, y qué conductas pueden ser consideradas como incumplimientos. Asimismo, también se incluyen entre los diversos aspectos sobre los que conviene detenerse la calificación del incumplimiento como discriminación directa, indirecta o *sui generis* y los efectos que el incumplimiento genera sobre el empresario.

A) La caracterización del incumplimiento

Como ya hemos señalado, el artículo 63 de la LGDPCD se encarga de conceptualizar el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables como una conducta que vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad¹²²⁴. La norma, pues, no parece aclarar si el incumplimiento puede ser calificado como una conducta discriminatoria, pero ya se avanza la respuesta es positiva. El argumento principal que sostiene la consideración del incumplimiento como discriminatorio se halla en la CIDPD, cuyo

¹²²³ Vid. *Ibid.* pág. 578.

¹²²⁴ El contenido del artículo 63 de la LGDPCD se reproduce a continuación: “Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, definidas en el artículo 4.1, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas”.

artículo 2 califica la no realización de ajustes razonables como una forma de discriminación¹²²⁵, tal y como ha señalado la doctrina¹²²⁶. Así pues, dicho comportamiento empresarial debe ser calificado como discriminatorio, lo que es todo un acierto, ya que no deja margen de dudas sobre la naturaleza de esta conducta, a diferencia de lo que ha sucedido en otros países¹²²⁷.

No obstante, el legislador no ha concretado el significado de la expresión “incumplimiento de realizar ajustes razonables”, y ello plantea dificultades interpretativas que, ante el silencio normativo existente, deberá resolver la doctrina judicial y jurisprudencial. En este punto, debe llamarse la atención respecto a la necesidad de aprobar un desarrollo reglamentario que caracterice la ya mencionada obligación empresarial, y en especial, la definición de su incumplimiento.

La cuestión principal que surge en el marco de la actual redacción del artículo 63 de la LGDPCD es si la expresión “incumplimiento de realizar ajustes razonables” incluye la omisión empresarial o exige una denegación expresa para sostener el incumplimiento de la obligación, y, en consecuencia, su calificación como comportamiento discriminatorio. Este aspecto no es baladí, pues los efectos que genera la calificación como discriminatoria de la decisión pueden afectar a otras decisiones empresariales¹²²⁸. Teniendo en cuenta la importancia de la obligación de realizar ajustes razonables para el fomento y mantenimiento del empleo para las personas con discapacidad, la interpretación de la expresión “incumplimiento de realizar ajustes razonables” debe ser especialmente amplia. Ello se traduce, a

¹²²⁵ Este precepto define la expresión “discriminación por motivos de discapacidad” en los términos siguientes: “[...] 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”.

¹²²⁶ Así lo indican GOÑI SEÍN, J.L.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, op. cit., págs. 179-180 y GOÑI SEÍN, J.L., “La obligación empresarial de realizar medidas de adaptación como contenido integrante del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad”, op. cit., pág. 7.

¹²²⁷ El ejemplo más cercano lo encontramos en el CdT francés, cuyo artículo L5213-6 tercer párrafo es ciertamente ambiguo. Para un examen en profundidad sobre la configuración francesa de la obligación, véase el apartado 4.4 de este estudio.

¹²²⁸ La calificación como discriminatoria puede interferir especialmente en el marco de la aplicación de medidas extintivas o de flexibilidad empresariales, especialmente sobre el despido o extinción del contrato del trabajador con discapacidad, ya que su denegación o su omisión puede convertir la decisión empresarial en nula ex artículo 53.4 del TRLET.

efectos prácticos, en la imposibilidad de entender cumplido este deber empresarial tanto si el empresario se ha negado explícitamente a realizar el ajuste razonable como si ha actuado de forma omisiva.

En mi opinión, la única conducta que eximiría la consideración *prima facie* como discriminatoria del incumplimiento de la obligación sería la alegación y acreditación de la existencia de carga excesiva, circunstancia que si se presenta deberá ser probada debidamente en sede judicial o arbitral, no bastando la mera alegación para salvar la calificación como discriminatoria, so pena de considerar el incumplimiento como conducta discriminatoria. De esta manera, deberá atenderse siempre a si se ha efectuado el ajuste razonable, y en caso contrario, nos encontraremos ante una conducta discriminatoria, salvo que la omisión se fundamente, como se ha señalado, en la existencia de carga excesiva.

No obstante, la frontera entre el incumplimiento flagrante y el intento de cumplimiento con la finalidad de evadir la calificación como discriminatoria no es nítida, y exige un esfuerzo del legislador. En este sentido, la falta de interés del empresario en la búsqueda del ajuste más adecuado para el trabajador también debería incorporarse como una conducta asimilable al incumplimiento. Es cierto que en la actualidad el legislador no ha dejado suficientemente claro cómo debe afrontarse la detección del ajuste más adecuado, pero esta fase previa a la ejecución del ajuste debe entenderse incardinada dentro de la mencionada obligación, y cuyo cumplimiento corresponde esencialmente al empresario por ser el sujeto encargado de ordenar y dirigir el trabajo que debe realizar el trabajador ex artículo 20.1 del TRLET. Todo ello, sin perjuicio de que el trabajador pueda realizar sugerencias o recomendaciones al respecto para facilitar la búsqueda de la solución más eficaz y razonable. Así pues, la obligación de realizar ajustes razonables exige un esfuerzo empresarial por ofrecer la integración en el puesto de trabajo, y concretamente, un diagnóstico de las nuevas necesidades para mantener un nivel de desempeño profesional del trabajador, so pena de incurrir en el incumplimiento del deber empresarial objeto de examen en el marco de este estudio.

B) La calificación del incumplimiento: ¿Discriminación directa, indirecta o *sui generis*?

Otro aspecto sobre el que conviene detenerse en el análisis del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables es su calificación, o, dicho en otras palabras, ante qué tipo de discriminación nos encontramos cuando el empresario incumple la obligación objeto de estudio, que es una manifestación del derecho a la igualdad de oportunidades. Esta cuestión es especialmente importante a nivel procesal, pues su categorización como discriminación tendrá implicaciones muy distintas respecto a la exigencia del término de comparación.

En efecto, la vulneración del derecho a la no discriminación exige que quien alega la vulneración aporte un término de comparación suficiente y adecuado¹²²⁹, que demuestre que el trato recibido es distinto y no obedece a razones objetivas, y es aquí donde la calificación del incumplimiento adquiere una gran importancia. En este sentido, la calificación como discriminación directa exigirá aportar un término de comparación consistente en la existencia de un trato más beneficioso hacia trabajadores sin discapacidad, que ha tenido poca acogida entre los países que han regulado la calificación del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables¹²³⁰. Por otro lado, la caracterización como discriminación indirecta ha sido otra opción acogida por algún país¹²³¹, y se caracteriza por no requerir un análisis individual, sino una prueba de pertinencia estadística, según la cual “[...] la existencia de estadísticas significativas basta para demostrar una repercusión desproporcionada [...]”¹²³². No obstante, la experiencia comparada nos ofrece una

¹²²⁹ Vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 25, 2012, pág. 22.

¹²³⁰ Un ejemplo comparado paradigmático que ha acogido esta opción ha sido Suecia. La Sección 6 de la *Prohibition of Discrimination in Working Life of People with Disability Act* (1999) se encarga de calificar el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables como una forma de discriminación directa. Asimismo, Malta también ha acogido esta concepción. En efecto, el artículo 7 de la *Maltese Equal Opportunities (Persons with Disabilities) Act* (2000) se encargó de incorporar esta calificación ante el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables, tal y como señalan SCHIEK, D. *ET AL*, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, op. cit., págs. 741-742.

¹²³¹ Eslovaquia se inclinó por esta opción, e introdujo la calificación como discriminación indirecta de la no realización de la obligación de realizar ajustes razonables, ex artículo 7.1 de la *Slovakian Act núm. 365/2004 Coll. on Equal Treatment in Certain Areas and Protection against Discrimination, amending and supplementing certain other laws (Anti-discrimination Act)*.

¹²³² Véase la STJUE de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Perez, C-167/97, EU:C:1999:60, apartado 57.

tercera opción denominada discriminación *sui generis*¹²³³, que nace exclusivamente para la calificación del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables, debido a las notas características de este deber empresarial y la dificultad de aportar un término de comparación en su examen procesal.

Ante estas posibilidades, el legislador español no se ha pronunciado de forma explícita sobre la calificación que merece el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables¹²³⁴. En la actualidad, el debate sobre la calificación del incumplimiento de este deber empresarial sigue abierto. El artículo 63 de la LGDPCD se encarga de caracterizar la vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades, incluyendo como tales las discriminaciones directas o indirectas por motivo o por razón de discapacidad, y los incumplimientos de realizar ajustes razonables, entre otros¹²³⁵. Como puede observarse, el legislador diferencia la discriminación directa e indirecta del incumplimiento del deber empresarial objeto de estudio, situando así la inobservancia de la ya citada obligación en un plano distinto. Sin embargo, la ausencia de un texto reglamentario, así como de mayor detalle en el marco del artículo 40 y/o 63 de la LGDPCD, plantean dudas respecto al tipo de discriminación en el que debe incardinarse este incumplimiento.

¹²³³ Holanda y Reino Unido han sido los dos países que han adoptado esta perspectiva, tal y como señalan SCHIEK, D. *ET AL*, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, *op. cit.*, pág. 744. Para un examen en profundidad sobre la configuración del incumplimiento de la obligación objeto de estudio en Reino Unido, véase el apartado 4.3.5 de esta obra.

¹²³⁴ En sentido contrario, véase *Ibid.*, pág. 743, que indica que el artículo 37.3 de la LISMI definía el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables como una conducta discriminatoria indirecta.

Sobre esta cuestión conviene aclarar que si bien el artículo 37.3 de la LISMI contemplaba la mención a esta obligación, en ningún caso calificaba su incumplimiento como una conducta discriminatoria indirecta. El contenido del artículo 37.3 de la LISMI contemplaba: “[...] Existirá discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta y de acuerdo con el artículo 37 bis de esta ley, para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión”.

Como puede observarse, el legislador plasmó que la realización de los ajustes razonables excluía la consideración de la decisión empresarial aparentemente neutra como discriminatoria, pero en ningún caso efectuaba, tal y como ya se ha apuntado, una calificación a propósito del incumplimiento del deber empresarial objeto de estudio.

¹²³⁵ Concretamente, el artículo 63 de la LGDPCD constata: “*Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, definidas en el artículo 4.1, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas*”.

En mi opinión, el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables debe ser categorizado como una discriminación *sui generis*, no siendo posible calificarlo como discriminación directa, o indirecta¹²³⁶. Si examinamos el texto de la CIDPD, se observa que el artículo 2 incluye el reconocimiento de que el rechazo a la realización de ajustes razonables constituya una forma de discriminación, y ello es uno de los argumentos centrales para sostener la calificación del incumplimiento de los ajustes como discriminación *sui generis*¹²³⁷. En efecto, este precepto define la expresión “discriminación por motivos de discapacidad”, que *incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables*. Este planteamiento normativo es sumamente explícito, y clarifica que el incumplimiento del mencionado deber empresarial es una forma de discriminación autónoma y separa de las dos categorías clásicas que se han apuntado anteriormente. A este primer argumento debe sumársele un segundo argumento de carácter formal, ya que el legislador español separa explícitamente la violación de esta obligación de la discriminación directa e indirecta por razón o motivos por discapacidad, ex artículo 63 de la LGDPCD, tal y como ya se ha señalado.

Desde una perspectiva material, la consideración como discriminación directa y/o indirecta del incumplimiento de los ajustes razonables es especialmente complicada, pues ambas exigen la aportación, de forma distinta, de un término de comparación. La existencia de una situación similar es una tarea ya de por sí especialmente complicada, y si ello se encuadra en el marco de la obligación de realizar ajustes razonables, que es un deber empresarial que no es de aplicación en cualquier situación¹²³⁸, nos encontramos ante un escenario en el que no sería

¹²³⁶ A favor de la consideración del incumplimiento de la obligación objeto de estudio como discriminación indirecta, véase CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, op. cit., págs. 153-154, que afirma esta tesis en virtud del artículo 2.2.b.ii de la Directiva 2000/78, y RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, op. cit., pág. 97, que sostiene que: “[...] 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”.

¹²³⁷ Vid. GOÑI SEÍN, J.L.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, op. cit., págs. 179-180 y GOÑI SEIN, J.L., “La obligación empresarial de realizar medidas de adaptación como contenido integrante del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad”, op. cit., pág. 7 (versión electrónica).

¹²³⁸ A propósito de la dificultad de la aportación del término de comparación, RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con

recomendable encuadrar la infracción de la obligación objeto de estudio como formas de discriminación directa o indirecta. Además, el propósito de las categorías discriminación directa e indirecta es diametralmente opuesto a la finalidad de realizar ajustes razonables. Tales formas de discriminación toman como referencia una situación comparable, denominada término de comparación, respecto a la cual la persona o colectivo ha sido tratada de forma menos favorable. Así, estas categorías pretenden fomentar conductas que traten del mismo modo a personas con discapacidad y sin discapacidad, neutralizando comportamientos empresariales de carácter excluyente. Sin embargo, esta lógica no casa con la finalidad de la obligación objeto de estudio, cuyo objetivo es precisamente lograr un trato diferenciado que permita la prestación de servicios en el puesto de trabajo¹²³⁹, optando así por una visión más pragmática e inclusiva.

Todos estos factores apuntan a la calificación del incumplimiento como discriminación *sui generis*, es decir, como una forma de discriminación con entidad propia y diferenciada de la discriminación directa e indirecta. Las características propias de la obligación de realizar ajustes razonables exigen un examen particular diferenciado de las formas de discriminación clásicas, que han funcionado con mayor o menor acierto en otras causas de no discriminación pero que, como ya se ha apuntado, resultan poco eficaces en el marco de esta medida de integración de las personas con discapacidad.

C) Los efectos del incumplimiento

La consideración del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables como comportamiento discriminatorio conlleva una serie de efectos que merecen especial comentario, ya no sólo por el impacto que suponen respecto a este deber empresarial, sino por la afectación respecto a otras medidas empresariales. De hecho, los distintos países que han regulado la obligación de realizar ajustes razonables se han encargado de precisar las

discapacidad", *op. cit.*, pág. 100 señala que "[...] 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".

¹²³⁹ Vid. LAWSON, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, *op. cit.* pág. 155.

consecuencias del incumplimiento del deber empresarial objeto de estudio, ya sea mediante la previsión de la declaración de nulidad de la decisión¹²⁴⁰, la posibilidad de solicitar una indemnización por daños y perjuicios¹²⁴¹, la imposición de sanciones al empresario¹²⁴², o incluso mediante la tipificación del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables como un ilícito penal con multa y pena de prisión¹²⁴³.

En este punto, conviene señalar que la atención de este apartado se centrará en los dos efectos que mayor importancia ha otorgado el legislador español: la

¹²⁴⁰ El ordenamiento jurídico estadounidense contempla que la existencia de un comportamiento discriminatorio dará lugar a la solicitud y reconocimiento de la “*affirmative action*” que mejor se adapte al caso concreto, término éste que incluye medidas como la readmisión del trabajador o la contratación como trabajadores en aquellos supuestos en los que la discriminación se haya producido en el proceso de selección, todo ello al amparo de la sección 2000e-5g del título 42 del U.S.C. Asimismo, este precepto incluye la posibilidad de que puedan solicitarse salarios devengados con carácter retroactivo, limitándose éstos, en caso de estimarse, a un periodo de 2 años desde la formalización de la acción procesal, denominada “charge of discrimination”, ante la EEOC. Para más información sobre esta cuestión, véase el apartado 4.1.5 del presente estudio.

¹²⁴¹ Esta es, con diferencia, la opción más extendida por los distintos países que han regulado las consecuencias del incumplimiento de este deber empresarial.

A título de ejemplo, el ordenamiento jurídico norteamericano contempla la posibilidad de solicitar una indemnización de daños compensatorios, y punitivos que se calculara en función de la plantilla del empleador, cuya suma puede oscilar entre los \$50.000 y los \$300.000, de conformidad con la sección 1981 del título 42 del U.S.C.; posibilidad esta también reconocida por el legislador canadiense, que limita la indemnización de daños y perjuicios a pago de todos los salarios que el trabajador haya dejado de percibir, así como los gastos incurridos que haya satisfecho, fruto de la conducta discriminatoria (artículo 53.2.c de la CHRA), la satisfacción de las cantidades que el trabajador haya debido abonar con el fin de obtener bienes, servicios o adaptaciones alternativas como consecuencia del comportamiento empresarial (artículo 53.2.d de la CHRA) y el pago de una compensación por los daños y perjuicios que no podrá superar los 20.000 dólares canadienses.

A nivel europeo, Reino Unido, entre otros, permite exigir una indemnización por discriminación, entre otras peticiones, al amparo de la sección 124.2.b de la EqA. Los criterios de su cuantificación, a diferencia de las indemnizaciones por despido, no se hallan regulados normativamente. Así, las cuantías indemnizatorias se calcularán de acuerdo a las directrices y principios aplicables a las reclamaciones por daños, y se integran por dos partidas clave: el pago de las pérdidas económicas que la decisión o la omisión de cumplimiento de la obligación ha generado al trabajador hasta la fecha de la sentencia, que puede incluir el cálculo de daños económicos a futuro, entre otros, y la reparación de los daños personales causados por la decisión empresarial, que podrá incluir tanto perjuicios de carácter físico como moral. A diferencia de Estados Unidos o Canadá, los daños punitivos no han tenido acogida en el marco de las indemnizaciones derivadas de discriminación por razón de discapacidad, si bien pueden llegar a concederse en casos excepcionales.

Un examen en profundidad sobre esta cuestión puede encontrarse en los apartados 4.1.5, 4.2.5, 4.3.5 de este estudio.

¹²⁴² Canada y Francia, entre otros, han sido los dos países que han optado por la previsión de sanciones en el caso del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. El legislador canadiense ha prescrito la imposición de una sanción económica de hasta 10.000 dólares canadienses, importe que puede aumentar si el comportamiento empresarial se ha realizado de forma continuada, de conformidad con el artículo 36.2 de la EEA. Francia, en cambio, contempla el pago de una multa de 45.000 euros, tal y como señala el artículo 225-2 del *Code Pénal*, puede llegar a incrementarse hasta la cifra de 75.000 euros.

Para un estudio en detalle sobre estos países, véanse los apartados 4.2.5 y 4.4.5 de este estudio.

¹²⁴³ Este es el caso de Francia, que contempla la posibilidad de recurrir a la tutela penal si la denegación de realizar ajustes razonables no se debe a razones objetivas, necesarias y apropiadas. Esta acción se ejercerá ante el *Tribunal Correctionnel*, que se encargará de investigar si se ha producido una discriminación en los términos señalados en la legislación penal. La consideración de la conducta como un ilícito penal está penado con tres años de prisión, que pueden incrementarse hasta los cinco años, además de una multa de 45.000 euros ya señalada anteriormente, todo ello de conformidad al artículo 225-2 del *Code Pénal*.

Un examen más detallado sobre las consecuencias del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el ordenamiento jurídico francés puede hallarse en el apartado 4.4.5 de esta obra.

nulidad de las decisiones vinculadas a la negativa de realizar ajustes razonables y la imposición de sanciones por dicha conducta empresarial. Es cierto que existen otros efectos, pero teniendo en cuenta que el objeto de estudio se centra en la configuración de la mencionada obligación, es conveniente omitir el examen de tales cuestiones ya tratadas por la doctrina¹²⁴⁴.

La primera consecuencia del incumplimiento de la obligación objeto de estudio es la nulidad de aquellas conductas empresariales, las cláusulas de los convenios colectivos, pactos individuales o decisiones unilaterales del empleador que contribuyan o estén relacionadas con la mencionada infracción. Esta consecuencia se deriva del artículo 63 de la LGDPCD que, como ya se señaló anteriormente¹²⁴⁵, constata que el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables es una violación del derecho a la igualdad de oportunidades. Por lo tanto, se trata de un comportamiento discriminatorio por razón de discapacidad, que atenta al artículo 14 de la CE, y supone la nulidad de los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que afecten directa o indirectamente sobre el ya mencionado deber empresarial, ex artículo 17 del TRLET.

De hecho, la nulidad también se extendería a aquellas medidas unilaterales empresariales que puedan estar estrechamente conectadas a la obligación empresarial, ya que la obligación de realizar ajustes razonables ofrece una protección destinada al mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad¹²⁴⁶, y su incumplimiento puede afectar a la calificación judicial de medidas empresariales de flexibilidad externa.

La razón que sostiene esta tesis está relacionada con la falta de coherencia existente en el ordenamiento jurídico español. En efecto, nuestro legislador no ha

¹²⁴⁴ Vid. GOÑI SEÍN, J.L.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, op. cit., págs. 283-302, que, bajo el título "Reacciones y consecuencias jurídicas en caso de negativa injustificada a la adopción de medidas de adaptación y reubicación" analiza la acción judicial declarativa del derecho de adaptación o reubicación, la acción de nulidad por discriminación en el supuesto de trabajadores con discapacidad o enfermedad asimilada a aquella, la resolución del contrato por parte del trabajador ex artículo 50 TRLET y el régimen jurídico de responsabilidades (responsabilidad administrativa, recargo de prestaciones y responsabilidad civil por daños).

¹²⁴⁵ Véase el apartado 5.2.3 de este estudio.

¹²⁴⁶ Para un examen en profundidad sobre esta cuestión, véase GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., "La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo: Una visión internacional y europea de su configuración y eficacia como mecanismo de control a las extinciones de personas con discapacidad", cit., págs. 64-90.

procedido a acomodar algunas de estas instituciones, siendo los casos más paradigmáticos los supuestos de los artículos 49.1.e y 52.a del TRLET, ya advertido por la doctrina¹²⁴⁷, y que serán examinados más adelante¹²⁴⁸. A fin de clarificar este punto, tanto la CIDPD¹²⁴⁹, como la Directiva 2000/78¹²⁵⁰, apuestan por garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, y la obligación de realizar ajustes razonables se integra como una manifestación del mencionado derecho, configurando así una protección *ex ante* en aquellos supuestos en los que se decida extinguir el contrato de una persona con discapacidad. De esta manera, la omisión o incumplimiento de la realización de ajustes razonables, que es una actuación discriminatoria, expande sus efectos -la nulidad- a las decisiones empresariales encaminadas a extinguir el contrato de trabajo de personas con discapacidad, pues su carácter de obligación implica la búsqueda de las medidas adecuadas para mantener el empleo.

Sin embargo, el legislador no clarifica cómo debe abordarse la falta de solicitud del cumplimiento de la obligación desde el punto de vista del control judicial. Esta cuestión es especialmente importante si no se ha solicitado por el trabajador o se ha infringido por el empresario y se ha procedido al despido o extinción del contrato de aquel, pues el legislador establece el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables como una conducta que vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades, y, por lo tanto, podría afectar a la calificación de la decisión extintiva. En este sentido, la cuestión principal gira en torno a si podría examinarse de oficio el cumplimiento de la obligación, o si, por el contrario, se requerirá siempre la solicitud por parte del trabajador para entrar a valorar los efectos de su incumplimiento.

¹²⁴⁷ Vid. GOÑI SEÍN, J.L.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, *op cit.*, págs. 264-282 y PASTOR MARTINEZ, A., “El deber de adaptación de las condiciones de Trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de Trabajo”, en V.V.A.A., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, Madrid, 2015, págs. 1-15 (formato electrónico).

¹²⁴⁸ El examen de ambos preceptos, junto al artículo 52.d del TRLET, se efectuará en los apartados 6.2, 6.3 y 6.4 de este estudio.

¹²⁴⁹ Véase artículos 1 y 27 de la CIDPD.

¹²⁵⁰ Véase el artículo 3 de la Directiva 2000/78 en relación con el artículo 5 de la Directiva 2000/78, cuya relación de complementariedad permite sostener el carácter de la obligación de realizar ajustes razonables como control previo a la extinción de personas con discapacidad, tal y como se indica en GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo: Una visión internacional y europea de su configuración y eficacia como mecanismo de control a las extinciones de personas con discapacidad”, *op. cit.*, pág. 78-79.

La configuración, tanto europea como española, de la obligación de realizar ajustes razonables se diseña como un deber cuyo cumplimiento corresponde al empresario. Si se efectúa un examen del contenido del artículo 5 de la Directiva 2000/78 y del artículo 40.2 de la LGDPCD, puede observarse que en ambos casos la adopción de las medidas se diseña como una obligación empresarial, y no como un derecho del trabajador. Tal característica es clave para hallar una respuesta a esta discusión, pues si nos encontrásemos ante un derecho, sería requisito imprescindible, como manifestación de la buena fe exigida en marco del artículo 7.1 del Código Civil, la solicitud del trabajador. Por lo tanto, el carácter de obligación empresarial permitirá el examen judicial de su cumplimiento, incluso en aquellos supuestos en los que el trabajador no la haya solicitado, dada su protección destinada al mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad.

En segundo y último lugar, otro de los efectos que se derivan del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables será el pago de una cantidad determinada en concepto de sanción en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. El título III de la LGDPCD (artículos 78 a 88) se encarga de plasmar infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, siendo especialmente relevante el artículo 81.3.b de la LGDPCD¹²⁵¹.

No obstante, el texto normativo que regula las infracciones y sanciones en el orden social es la LISOS, circunstancia que plantea una cuestión no menor: ¿al amparo de qué texto se sancionarán los incumplimientos de la obligación de

¹²⁵¹ En particular, el artículo 81.3.b de la LGDPCD. incluye la negativa a adoptar las medidas de ajuste razonable, contemplando dicha conducta como una infracción grave, sin perjuicio de su configuración a nivel autonómico. Su consideración como grave supondrá que la cuantía de la sanción oscilará entre los 301 euros y los 90.000 euros, de conformidad con el artículo 83 de la LGDPCD, y en su determinación se valorarán factores como la intencionalidad o negligencia del empresario, la existencia de fraude y/o connivencia, o la cifra de negocios, entre otros.

Además, la calificación por el legislador como sanción grave permite la imposición de sanciones accesorias. Esta posibilidad, regulada en el artículo 85 de la LGDPCD, habilita a los órganos competentes a proponer, además del pago del importe correspondiente por la sanción, la prohibición de concurrir en procedimientos de otorgamiento de ayudas oficiales consistentes en subvenciones o cualesquiera otras ayudas en el sector de actividad, en cuyo ámbito se produce la infracción, por un periodo de un año.

realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo? En este punto, el legislador ha sido consciente del hipotético solapamiento que podría existir entre el régimen de infracciones y sanciones de la LGDPCD y la LISOS, e incluyó la disposición adicional séptima en el marco de la LGDPCD. Este precepto clarifica que las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad se regirán por la LISOS¹²⁵², sin que les sea de aplicación los artículos 78 a 88 de la LGDPCD.

Esta remisión puede parecer a primera vista positiva, pues la LISOS es una norma sólida que se encarga de precisar con detalle las conductas que pueden ser objeto de sanción por la autoridad laboral, a propuesta de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Sin embargo, la LISOS no contiene ningún precepto específico respecto a la obligación de realizar ajustes razonables. La única opción que encajaría a efectos de sancionar el incumplimiento de este deber empresarial sería el artículo 8.12 de la LISOS, que califica como infracción muy grave en materia de relaciones laborales individuales y colectivas las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por discapacidad¹²⁵³, cuya sanción es sensiblemente mayor respecto al artículo 83 de la LGDPCD¹²⁵⁴. El problema es que no existe conexión alguna entre la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo y el artículo 8.12 de la LISOS. Ya no sólo por la falta de mención explícita al incumplimiento de la obligación objeto de estudio en el marco de la LISOS, sino por la plasmación del tipo de discriminación que se efectúa en esta norma.

¹²⁵² El texto íntegro de la Disposición Adicional séptima de la LGDPCD se reproduce a continuación: “Las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad seguirán rigiéndose por el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto”.

¹²⁵³ Concretamente, el contenido de este precepto es el siguiente: “Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

¹²⁵⁴ Concretamente, el artículo 40.1.c de la LISOS contempla una sanción que oscila entre 6.251 euros y 187.515 euros.

En efecto, el artículo 8.12 de la LISOS incluye únicamente las decisiones unilaterales empresariales que impliquen discriminaciones directas o indirectas por razón de discapacidad, y como ya se señaló anteriormente, la calificación de este incumplimiento es más próxima a una discriminación *sui generis* que no a una discriminación directa o indirecta¹²⁵⁵.

Esta circunstancia supone, en mi opinión, una exclusión *de facto* a la posibilidad de sancionar al amparo de la LISOS, y exige una modificación normativa urgente. En particular, el legislador podría optar o bien por la rectificación de la disposición adicional séptima de la LGDPCD¹²⁵⁶, opción esta poco recomendable debido a la dispersión normativa que provocaría, o por la inclusión explícita del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el marco del artículo 8.12 de la LISOS, separada de la expresión “las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad [...]”. Esta segunda alternativa parece la más adecuada, pues se mantendría intacta la redacción de la disposición adicional séptima de la LGDPCD, remitiendo así el examen de estos incumplimientos que se producen en el marco de una relación laboral a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y además sería coherente con la formulación de la vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades prevista en el artículo 63 de la LGDPCD, que separa el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables de la existencia de conductas que puedan ser calificadas como discriminación directa o indirecta.

¹²⁵⁵ Véase el apartado 5.2.3.B de este estudio.

¹²⁵⁶ La modificación de esta disposición debería efectuarse manteniendo la redacción actual y añadiendo que los incumplimientos de la obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo serán sancionados al amparo del artículo 81.3.b de la LGDPCD.

CAPÍTULO 6: EL ENCAJE ACTUAL DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES EN EL PUESTO DE TRABAJO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN RELACIÓN CON LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Como ya ha podido apreciarse, la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo tiene un enorme impacto en la relación laboral de los trabajadores con discapacidad. Sin embargo, como capítulo final en el marco de este estudio, es de interés analizar la compatibilidad de esta institución en el marco de la extinción del contrato de trabajo. Para ello, el primer apartado de este capítulo se encargará de examinar cómo se ha abordado la extinción del contrato de trabajo de las personas con discapacidad por la doctrina judicial y jurisprudencial. Ello permitirá introducir el examen posterior a las modalidades extintivas que tienen una especial conexión con la obligación objeto de estudio, que son las extinciones por el reconocimiento de una pensión de gran invalidez o incapacidad permanente en grado total, absoluta del trabajador (artículo 49.1.e del TRLET), por la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa (artículo 52.a del TRLET) y por la acumulación de faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes (artículo 52.d del TRLET). La razón de limitar el estudio de la compatibilidad de los ajustes razonables a estas tres situaciones jurídicas se justifica en la especial incidencia que la discapacidad puede tener en este tipo de extinciones, y a su vez por razones de espacio, ya que un examen de la compatibilidad con las principales instituciones de flexibilidad interna y externa requeriría una extensión que sobrepasa el ámbito material de este estudio¹²⁵⁷.

En consecuencia, este apartado analizará la extinción del contrato de trabajo de las personas con discapacidad en la doctrina judicial y jurisprudencial y la configuración de cada una de las citadas modalidades extintivas, con especial consideración a su compatibilidad con relación a los ajustes razonables,

¹²⁵⁷ Para un análisis en profundidad sobre cuestiones no abordadas en el marco de este estudio, véase GOÑI SEÍN, J.L.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, op. cit., págs. 200-204 y 264-292, que examinan las conexiones de los ajustes razonables con el despido por absentismo del trabajador (artículo 52.d del TRLET), la extinción del contrato por causas objetivas en general o la virtualidad práctica de los artículos 39 a 41 TRLET.

ofreciendo, indirectamente, una visión sobre la integración de la CIDPD y la Directiva 2000/78 en el ordenamiento jurídico español.

6.1. La extinción del contrato de trabajo de las personas con discapacidad en la doctrina judicial y jurisprudencial

Como ya ha podido observarse, la evolución normativa del tratamiento de la discapacidad ha sido progresiva, integrando con el paso de los años nuevas medidas para la igualdad de oportunidades y de lucha contra la discriminación. A nivel judicial, también se aprecia una voluntad integradora, a causa de los pronunciamientos del TJUE que se ha encargado de expandir la tutela de las personas con discapacidad, pero su desarrollo ha sido poco homogéneo en el orden social debido a que el debate judicial se ha centrado esencialmente en la calificación del despido en situación de incapacidad temporal, y en la distinción entre enfermedad y discapacidad.

En este punto, conviene advertir que desafortunadamente la obligación de realizar ajustes razonables no ha sido, por el momento, una institución en la que la jurisdicción social haya sido proclive a abordar la configuración de este deber empresarial¹²⁵⁸. La única sentencia que contiene referencias a la obligación objeto de estudio es la STS de 22 de febrero de 2018 (Rec. 160/2016).

Este pronunciamiento judicial se enmarca en la extinción de un contrato de trabajo al amparo del artículo 52.a del TRLET. La trabajadora cesada, que prestaba sus servicios para una conocida entidad bancaria, fue víctima de un atraco el día 19 de julio de 2001, hecho este que le generó un trastorno de estrés postraumático. Ante tales circunstancias, la entidad bancaria procedió a efectuar distintos de

¹²⁵⁸ El orden jurisdiccional en el que mayor presencia ostenta el análisis de los ajustes razonables es la jurisdicción contencioso-administrativa, como consecuencia del desarrollo reglamentario de esta obligación en el empleo público, al amparo del Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad. El pronunciamiento más reciente sobre esta cuestión ha sido la STSJ de Madrid de 17 de abril de 2015 (Rec. 985/2014), pero no profundiza excesivamente sobre la configuración de esta institución. El único pronunciamiento que ha abordado el análisis de los ajustes razonables es la SAN de 2 de noviembre de 2009 (Rec. 160/2007), dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo. Para un examen sobre la misma, véase MARQUEZ CALLEJA, L., "Jurisprudencia sobre no discriminación de personas con discapacidad", en PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.), *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ediciones Cinca, Madrid, 2012, págs. 530-531.

centros de trabajo durante los siguientes años. No obstante, el 5 de junio de 2014 la empleadora optó por la extinción del contrato de trabajo a causa de la ineptitud sobrevenida de la trabajadora. La extinción fue impugnada judicialmente por la trabajadora, y fue calificada como improcedente por el JS núm. 5 de Bilbao, calificación esta a su vez confirmada por la STSJ del País Vasco núm. 1469/2015, de 28 de julio de 2015.

Ante la sentencia de suplicación, la trabajadora formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, sosteniendo en uno de los múltiples motivos de su recurso la nulidad de la extinción atendiendo a su condición de persona con discapacidad. Sin perjuicio de la desestimación del recurso por parte del TS al entender que la trabajadora no puede ser calificada como persona con discapacidad a la luz de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, conviene detenerse en el fundamento de derecho tercero, que es el encargado de analizar la posible discriminación por discapacidad y su conexión con la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad. La Sala recuerda el contenido de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, y cómo la Directiva 2000/78 debe ser interpretada de conformidad con la CIDPD, tal y como prescribe el mencionado pronunciamiento judicial, para a continuación citar las últimas sentencias en materia de discapacidad dictadas por el TJUE¹²⁵⁹. En este punto, el TS sostiene que, en las extinciones por ineptitud sobrevenida, su calificación de nulidad por vulneración del derecho a la no discriminación exigirá la concurrencia de dos requisitos: a) la situación de discapacidad del trabajador; y b) la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables.

Y sobre la segunda circunstancia, el TS se encarga de concretar, por primera vez, su contenido, aunque sin efectuar ninguna aportación relevante al respecto. En efecto, el TS es excesivamente prudente y se limita a recordar la definición amplia exigida por el TJUE en el marco de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222 con relación al considerando 20

¹²⁵⁹ Un examen a propósito de las mismas puede hallarse en el apartado 3.5 de esta obra.

de la Directiva 2000/78. A continuación, recuerda la realización de una serie de medidas tendentes a la readaptación de la situación de la trabajadora, extremo este que justifica el rechazo del tercer motivo de impugnación.

Llegados a este punto, la simple mención de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad por la Sala Social del TS es un paso adelante. Se trata de la primera ocasión en la que el TS los integra en la discriminación por discapacidad, y ello debe ser destacado positivamente, sobre todo, con relación a la extinción objetiva del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida. Sin embargo, hubiere sido interesante un desarrollo judicial más extenso, especialmente a propósito de la distinción entre las medidas preventivas efectuadas al amparo del artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (BOE de 10 de noviembre) y las medidas antidiscriminatorias adoptadas al amparo del artículo 40.2 de la LGDPCD. Sin ánimo de reiterar esta cuestión, que ya fue abordada en este estudio en el apartado 3.3.2.A, el TS no parece distinguir entre la relación de ambas medidas, que obedecen a tutelas distintas, y que se presenta como una circunstancia especialmente relevante en este caso, ya que las actuaciones efectuadas por la empleadora se realizaron con finalidad preventiva y no antidiscriminatoria. No obstante, también es cierto que este pronunciamiento judicial muestra una clara voluntad de construir el concepto de discriminación por razón de discapacidad en supuestos de ineptitud sobrevenida más allá del caso concreto, pues el recurso de casación formulado por la trabajadora no cumple con los requisitos constatados en el artículo 224.2 de la LRJS. Esta circunstancia refleja la creciente importancia que están adquiriendo la obligación de realizar ajustes razonables en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente respecto a su relación con ciertas modalidades extintivas.

Una vez examinada esta sentencia, de imprescindible mención, conviene advertir que la escasa doctrina judicial y jurisprudencial sobre el deber empresarial objeto de estudio obliga a abordar en este apartado la selección de las principales sentencias que han examinado la calificación del despido en situación de incapacidad temporal, y la distinción entre enfermedad y discapacidad,

excluyendo del análisis otras cuestiones que presentan una conexión más débil con el objeto de estudio¹²⁶⁰. La importancia de estos dos aspectos ha copado prácticamente la atención de los tribunales en supuestos de discriminación por razón de discapacidad, y de ahí que se proceda a prestarle especial atención.

6.1.1. La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal

La extinción del contrato de trabajo debida a la existencia de bajas médicas ha sido una cuestión judicial recurrente en nuestro ordenamiento jurídico. El problema jurídico ha consistido en determinar cuál debe ser la calificación de un despido que obedece a la enfermedad del trabajador, que puede ser asimilada a la discapacidad en algunas circunstancias¹²⁶¹.

Normativamente, las consecuencias del despido del trabajador en situación de Incapacidad Temporal no es una cuestión precisamente nueva. El debate se ha centrado especialmente en la calificación judicial que merece la extinción del contrato de trabajo cuando la causa aducida es ficticia y el trabajador se halla en situación de IT¹²⁶², siendo las dos posibles opciones la nulidad o la improcedencia. La importancia entre una u otra asumió una especial relevancia tras las modificaciones normativas introducidas al amparo del RDL 3/2012, que eliminó los salarios de tramitación en aquellos supuestos en los que la extinción

¹²⁶⁰ Así, las sentencias relacionadas con el reconocimiento de la condición de discapacidad, de pensiones de incapacidad permanente, o de acceso de personas con discapacidad al empleo público, entre otras, no serán objeto de análisis.

Para un examen detallado sobre estas cuestiones, véase TERRERO CHACÓN, J.L., "Discapacidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en DE LORENZO, R. (DIR.) y PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2007, págs. 811-836 y PINDADO GARCÍA, F., "La discapacidad en las sentencias del Tribunal Constitucional", en DE LORENZO, R. (DIR.) y PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 837-868.

¹²⁶¹ Véase la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, que fue la primera en reconocer esta posibilidad. El apartado 41 de este pronunciamiento exige la concurrencia de dos requisitos para la asimilación de la enfermedad a la discapacidad: que la enfermedad genere una limitación que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y además que la enfermedad -ya sea curable o incurable- sea de larga duración. Esta cuestión ha sido extensamente tratada en el apartado 3.5.3 de este estudio.

¹²⁶²¹²⁶² Para un estudio en profundidad sobre esta cuestión, véase ESTEBAN LEGARRETA, R., "Incidencia de la reforma de la incapacidad temporal en la suspensión del contrato de trabajo", *op. cit.*, págs. 238-253 y SÁNCHEZ QUIÑONES, L., "La calificación del despido de trabajador en situación de incapacidad temporal: ¿Discriminación o discrecionalidad empresarial?", *RDUNED. Revista de derecho UNED*, 20, 2017, págs. 587-618, entre muchos otros, referenciados en GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., "Estudio bibliográfico sobre discapacidad, enfermedad y extinción de contrato", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 6, 2017, págs. 188-199.

contractual o despido se calificase como improcedente. Inicialmente, resulta conveniente recordar que esta discusión se resolvió normativamente acogiendo la nulidad como calificación aplicable para este tipo de situaciones. El artículo 55.6 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 14 de marzo) contemplaba expresamente la nulidad del despido de trabajadores en situación de suspensión del contrato de trabajo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia. Sin embargo, la reforma laboral acaecida en 1995¹²⁶³, cambio la calificación que merecía el despido no procedente de un trabajador en situación de suspensión del contrato¹²⁶⁴. Así, la improcedencia de la extinción se implementó como la solución estándar en las situaciones de extinciones disciplinarias acausales en las que el trabajador se halla en situación de Incapacidad Temporal, ya que entre las situaciones de nulidad del despido se excluyeron este tipo de situaciones.

En la actualidad, el legislador no ofrece una solución para este tipo de situaciones en las que la causa de la extinción constatada en la carta de despido no coincide con la motivación real de la decisión empresarial (enfermedad del trabajador), y esta última, a su vez, no ostenta amparo legal debido a la actual ausencia de tipificación en el ordenamiento jurídico español.

Si examinamos la cuestión desde un punto de vista judicial, la primera vez que el TS se pronunció sobre esta cuestión fue en la sentencia de 29 de enero de 2001 (Rec. 1566/2000)¹²⁶⁵. En este caso, el trabajador, que había permanecido en situación de Incapacidad Temporal durante un periodo de nueve meses, fue despedido por el empresario, que adujo una causa no real. La sentencia de Instancia, dictada el 8 de julio de 1999 por el Juzgado de lo Social núm. 27 de Barcelona, calificó el despido como improcedente, declaración esta que fue

¹²⁶³ Véase la Ley 11/1994 de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 23 de mayo).

¹²⁶⁴ El apartado trece del Capítulo I de la Ley 11/1994 de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE 23 de mayo) introdujo la redacción del artículo 55.5 del TRLET, que contemplaba la nulidad sólo cuando el despido tuviera por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produjera con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

¹²⁶⁵ Para un examen en profundidad de esta sentencia, véase ITURRI GÁRATE, J.C., "La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador", cit., pág. 3-4 (Versión electrónica).

modificada por la de nulidad en sede suplicatoria por la STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2000 (Rec. 7041/1999). Ante tal situación, se plantea recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se denuncia que la decisión empresarial contiene una vulneración del artículo 14 de la CE, encuadrando la enfermedad dentro de la expresión “[...] cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Sin embargo, el Tribunal sostiene que este factor no es discriminatorio, ya no sólo por la incompatibilidad de incorporar la enfermedad en el marco del artículo 14 C.E, sino por la confusión del recurrente entre el principio de igualdad de trato y la tutela antidiscriminatoria. En este sentido, el pronunciamiento judicial recuerda que el contenido de este artículo se desgrana en dos prescripciones¹²⁶⁶, a saber, el principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos y la prohibición de discriminación, y tal distinción es especialmente relevante cuando nos encontramos en la esfera privada ya que *es menester demostrar que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados*¹²⁶⁷. Tal consideración impidió que la enfermedad se considerase como un factor discriminatorio, clarificando que tal calificación sólo sería posible *en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación*¹²⁶⁸. En consecuencia, el TS pone de relieve que la calificación de la decisión empresarial no puede ser la nulidad, sino la improcedencia.

Esta tesis ha sido mantenida durante los años siguientes, y claros exponentes de ello han sido las sentencias del TS de 23 de septiembre de 2003 (Rec. 449/2002),

¹²⁶⁶ Véase en este sentido la STC núm. 22/1982, de 12 de mayo, y la STC núm. 229/1992 de 14 de diciembre, entre otras.

Para un examen en profundidad sobre esta cuestión, véase SEMPERE NAVARRO, A.V. (DIR.), *Prontuario de Doctrina social del Tribunal Constitucional: 1981-2005*, Aranzadi, Pamplona, 2005 y CHARRO BAENA, P.; SAN MARTIN MAZZUCONNI, C., “Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, vol. Extra 3, 2007, págs. 77 a 120.

¹²⁶⁷ Véase el F.J. II de la STC núm. 34/1984, de 9 de marzo, así como las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 10/1989 de 8 de junio y 28/1992, de 9 de marzo.

¹²⁶⁸ Véase F.D. II de la STS de 29 de enero de 2001 (Rec. 1566/2000). A mayor abundamiento, la STC núm. 166/1988 de 26 de septiembre concreta que el elemento de segregación se aprecia en “*determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas*” que han situado a “*sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la CE*”. Así, la enfermedad se trata, por una parte, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores. Sólo en determinados supuestos, como por ejemplo el de enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer, puede implicar que el despido por enfermedad o baja médica sea calificado como nulo. Pero se trata, en realidad, como ha declarado el TC en su Sentencia núm. 17/2007 de 12 de febrero de un supuesto particular de despido discriminatorio por razón de sexo, ya que la decisión o práctica de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo por motivo concerniente al estado de gestación sólo puede afectar a las mujeres, situándolas en posición de desventaja con respecto a los hombres.

de 12 de julio de 2004 (Rec. 4646/2002) y de 27 de enero de 2009 (Rec. 602/2008), entre muchas otras¹²⁶⁹, e incluso en la doctrina constitucional¹²⁷⁰. De hecho, la calificación como improcedente del despido en el que no se alega y/o se prueba la causa de extinción y que oculta una decisión extintiva fundada por motivo de enfermedad también se ha extendido al despido por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes ex artículo 52.d del TRLET. En efecto, la STS de 22 de noviembre de 2007 (Rec. 3907/2006) se encarga de extender la anterior línea jurisprudencial a los supuestos extintivos del artículo 52.d del TRLET. Concretamente, se sostiene que el despido por motivo de enfermedad o baja médica merece la calificación de despido improcedente y no la de despido nulo, toda vez que la nulidad está reservada para aquellos supuestos así cualificados normativamente.

Esta doctrina admite excepciones en aquellas situaciones en las que la conducta del empresario supone una infracción al derecho a la integridad física (artículo 15 de la CE), que no en supuestos de vulneración al derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 de la CE)¹²⁷¹. En particular, la STS de 31 de enero de 2011 (Rec. 1532/2010) calificó como nula la decisión extintiva por apreciar que el empresario presionó al trabajador bajo amenaza de despido para que abandonase el tratamiento médico. De esta manera, la Sala considera que sólo la coacción para la reincorporación al trabajo en situación de incapacidad temporal es una actuación lesiva que merece la calificación de nulidad del despido, por infracción del derecho a la integridad física.

¹²⁶⁹ Véase también la STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de mayo de 2012 (Rec. 823/2012), la STSJ del País Vasco de 1 de marzo de 2016 (Rec. 286/2016), la STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2016 (Rec. 197/2016), la STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2017 (Rec. 143/2017), la STSJ del País Vasco de 9 de mayo de 2017 (Rec. 906/2017), la STSJ de Andalucía (Sede Granada) de 17 de mayo de 2017 (Rec. 24/2017), la STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017 (Rec. 2310/2017), la STSJ del País Vasco de 13 de junio de 2017 (Rec. 1183/2017), la STSJ de Castilla y León de 20 de julio de 2017 (Rec. 484/2017), la STSJ de Extremadura de 19 de septiembre de 2017 (Rec. 486/2017), la STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2017 (Rec. 2933/2017) y la STSJ de Asturias de 14 de noviembre de 2017 (Rec. 2272/2017), entre otras.

¹²⁷⁰ Tal y como señala CABEZA PEREIRO, J., "La discriminación por discapacidad", *op. cit.*, pág. 12, la STC núm. 62/2008, de 26 de mayo se hizo eco de la doctrina del TS, "[...] admitiendo la discriminación cuando la enfermedad sea tomada en consideración como un elemento de segregación".

Para un examen en profundidad sobre la doctrina del TC véase NOGUEIRA GUASTAVINO, M., "El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales", *cit.*, pág. 19-52 y sobre cuestiones multidisciplinarias en materia de discapacidad, véase PINDADO GARCÍA, F., "La discapacidad en las sentencias del Tribunal Constitucional", *op.cit.*, págs. 837-868.

¹²⁷¹ A propósito de esta discusión, la STS de 22 de noviembre de 2007 (Rec. 3907/2006) clarifica que ha existido una confusión conceptual y que el derecho que corresponde analizar es el derecho a la protección a la salud (Artículo 43.1 de la CE). En este sentido, se recuerda que no es un derecho fundamental, básicamente por su situación en el texto constitucional, y, por lo tanto, es imposible su calificación como supuesto de nulidad extintiva.

Sin embargo, conviene señalar que esta tesis no es unánime en la doctrina judicial. Los pronunciamientos judiciales que declaran la nulidad en el marco de extinciones injustificadas durante la incapacidad temporal han sido cada vez más numerosos¹²⁷², y ello pone de relieve la importancia de un debate que aún no ha sido resuelto de forma satisfactoria. En este sentido, conviene destacar en este punto que esta cuestión puede ser solventada en los próximos meses con la resolución, en sede casacional, del asunto Daouidi, sumamente controvertido¹²⁷³, que podría suponer un pronunciamiento pionero por parte del TS.

6.1.2. La protección del trabajador por asimilación de la enfermedad a la discapacidad

La tendencia jurisprudencial que se ha detallado en el apartado anterior generó la necesidad de buscar vías alternativas de protección para los trabajadores en situación de incapacidad temporal. La transición del modelo médico de tratamiento de la discapacidad al modelo social, proceso que alcanzó su cúspide con la aprobación y ratificación de la CIDPD¹²⁷⁴, sugirió un cambio en el concepto de persona con discapacidad. Esta transformación ha pretendido ampliar las situaciones que encajan dentro del concepto de persona con discapacidad, iniciándose una discusión jurídica a propósito de la distinción entre la enfermedad y la discapacidad, de una trascendencia capital a nivel doctrinal¹²⁷⁵.

¹²⁷² Los ejemplos más recientes son la STSJ de Canarias de 22 de diciembre de 2010 (Rec. 1314/2010) y de 25 de enero de 2011 (Rec. 204/2010), la STSJ de Galicia de 11 de febrero de 2014 (Rec. 3917/2013), la STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 2014 (Rec. 778/2014), la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 (Rec. 3689/2015), la STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2017 (Rec. 1172/2016), la STSJ del País Vasco de 26 de septiembre de 2017 (Rec. 1734/2017), la SJS número 1 de Mataró de 20 de noviembre de 2017 (Proc. 267/2017), la STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2017 (Rec. 2345/2017), entre otras.

¹²⁷³ La SJS número 33 de Barcelona de 23 de diciembre de 2016 (Proc. 1219/2014) declaró la nulidad del despido de un trabajador en incapacidad temporal, decisión esta que fue rechazada por la STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017 (Rec. 2310/2017), que entendió que la calificación correcta era la improcedencia.

De forma previa, la SJS número 26 de Barcelona de 23 de mayo de 2016 (Proc. 962/2015) también llegó a la misma conclusión. Para un completo examen a propósito de esta sentencia, véase RIBES MORENO, I., "¿Enfermedad o discapacidad? Viejos problemas, nuevas soluciones ante el despido. SJS núm. 26 de Barcelona, de 23 de mayo de 2016 (As 2016, 1060)", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 196, 2017, págs. 199-205.

¹²⁷⁴ Véase el apartado 2.4.3 de este estudio.

¹²⁷⁵ Sobre esta cuestión, las aportaciones más destacadas han sido ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 2007, págs. 1143-1157; TAPIA HERMIDA, A., "Enfermedad, discapacidad y despido", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 288, 2007, pág. 137-176; NUÑEZ GONZÁLEZ, C., "La tutela antidiscriminatoria por razón de la discapacidad en el ordenamiento jurídico laboral", *op. cit.*, págs. 165-188; RIVAS VALLEJO,

Si bien es cierto que la enfermedad no es una circunstancia protegida jurídicamente, la plasmación de la discapacidad como un factor de discriminación prohibido por expresa imposición del legislador europeo ex artículo 1 de la Directiva 2000/78, y transpuesto mediante la Ley 62/2003, supuso una gran novedad que generó un escenario ideal para plantear la proximidad del concepto de enfermedad a la discapacidad. En efecto, la consideración de la discapacidad como un factor de discriminación reconocido legalmente, sumado a la progresiva expansión del concepto de persona con discapacidad inherente a la implementación del modelo social, permitía que aquellas situaciones de enfermedad que pudieran asimilarse al concepto de discapacidad fueren calificadas judicialmente como nulas. Un claro reflejo de esta situación fue el planteamiento de una cuestión prejudicial por el Juzgado Social núm. 33 de Madrid el 7 de enero de 2005, que dio como resultado la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456¹²⁷⁶. El resultado fue, en aquella ocasión, una respuesta negativa del TJUE, en el sentido de que consideró que la enfermedad no era asimilable a la discapacidad¹²⁷⁷. No obstante, esta doctrina fue modificada por la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222¹²⁷⁸, que reconoció la posibilidad de que una enfermedad pueda ser asimilada a la discapacidad, a efectos de protección de la Directiva 2000/78, siempre y cuando cumpla una serie de condiciones¹²⁷⁹.

P., "Trabajadoras con enfermedades crónicas y discriminación múltiple", *op. cit.*, págs. 83-114; VELASCO PORTERO, M.T., "El despido del trabajador enfermo: ¿Imprudencia o nulidad?", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 39, 2014; VELASCO PORTERO, M.T., "Régimen jurídico del contrato de trabajo. Universidad Loyola Andalucía. Reconsideración sobre la equiparación entre enfermedad y discapacidad", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 131, 2015, págs. 231-241; CARRIZOSA PRIETO, E., "Discapacidad, discriminación e indemnidad: algunas claves para proteger al trabajador enfermo", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, 1, 2016, págs. 202-231; MORENO GENÉ, J., "La «enfermedad asimilada a discapacidad» como límite al despido del trabajador por sus ausencias de trabajo", *Iuslabor*, 2, 2016, entre otras.

¹²⁷⁶ Para un análisis en profundidad de este pronunciamiento judicial, véase el apartado 3.5.1 de este estudio.

¹²⁷⁷ Véase el apartado 45 de la STJUE de 11 de julio de 2006, C-13/05, EU:C:2006:456, que sostiene que: "[...] para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de «discapacidad», se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración".

¹²⁷⁸ Para un examen en profundidad del contenido y repercusión de este pronunciamiento judicial, véase el apartado 3.5.3 de este estudio.

¹²⁷⁹ Concretamente, el apartado 41 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, señala: "[...] que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78".

Como puede apreciarse, el escenario europeo ha obligado al TS a pronunciarse ya no sólo a propósito de la distinción de la enfermedad respecto a la discapacidad, sino a la posibilidad de que la extinción del contrato de trabajo de un trabajador enfermo pueda ser calificada judicialmente como nula, al amparo de la Directiva 2000/78.

Y sobre esta cuestión, la primera sentencia que conviene identificar es la STS de 22 de noviembre de 2007 (Rec. 3907/2006). En el asunto tratado, el despido de una trabajadora en situación de incapacidad temporal que fue calificado por el JS competente como improcedente permite a la Sala Social del TS dictar una sentencia en la que valora las diferencias entre enfermedad y discapacidad. Con apoyo de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, el Tribunal define que la enfermedad es una alteración de la salud transitoriamente incapacitante en términos laborales. Y en particular, para que exista discapacidad, debe apreciarse una secuela que determine la permanente limitación de la capacidad laboral¹²⁸⁰.

Esta línea jurisprudencial, que evidencia una cierta reticencia a la asimilación de la enfermedad respecto a la discapacidad, fue reiterada en distintas sentencias posteriores¹²⁸¹, y, de hecho, continúa vigente. En particular, el TS considera que la enfermedad es una situación contingente de alteración de la salud, que afecta a la persona durante más o menos tiempo, pero que constituye un “*grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo*”¹²⁸². En cambio, la discapacidad, es considerada como una situación permanente que altera las condiciones de vida de la persona con discapacidad, cuya calificación es reconocida oficialmente mediante una determinada declaración administrativa¹²⁸³.

¹²⁸⁰ Véase el F.D. III.4 de la STS de 22 de noviembre de 2007 (Rec. 3907/2006).

¹²⁸¹ Véanse las STS de 11 de diciembre de 2007 (Rec. 4355/2006), STS de 18 de diciembre de 2007 (Rec. 4194/2006), STS de 22 de enero de 2008 (Rec. 3995/2006) y STS de 13 de febrero de 2008 (Rec. 4739/2006), entre muchas otras.

¹²⁸² Véase el F.D. VI de la STS de 11 de diciembre de 2007 (Rec. 4355/2006).

¹²⁸³ Véanse las STS de 11 de diciembre de 2007 (Rec. 4355/2006), STS de 22 de enero de 2008 (Rec. 3995/2006), STS de 27 de enero de 2009 (Rec. 602/2008), STS de 3 de mayo de 2016 (Rec. 3348/2014).

Así, la nota temporal de la patología aparece como una circunstancia central para el TS, que, hasta la fecha, no ha variado su doctrina sobre esta cuestión¹²⁸⁴. En este sentido, la STS del 3 de mayo de 2016 (Rec. 3348/2014)¹²⁸⁵, fue la primera dictada tras la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, y es la resolución de referencia hasta el momento, si bien existe un asunto sobre el que a fecha de hoy aún no se ha dictado sentencia¹²⁸⁶. Este pronunciamiento del TS pretendía valorar los efectos que la sentencia europea desplegaba sobre el ordenamiento jurídico español a propósito de la asimilación de la enfermedad a la discapacidad en determinadas circunstancias. La respuesta del Tribunal se inserta en una dinámica continuista, que parece no encajar con la progresiva expansión del concepto de persona con discapacidad del TJUE. Y ello es así debido a la escasa atención que presta el tribunal al texto de la CIDPD en el marco de su sentencia de 3 de mayo de 2016. En este punto, no es ocioso recordar que el valor jurídico de la Convención fue aclarado por el TJUE en el marco de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222¹²⁸⁷. Concretamente, la CIDPD se halla en un nivel superior al Derecho derivado, y, en consecuencia, juega un papel fundamental en la interpretación de las disposiciones de la Directiva 2000/78¹²⁸⁸. Sin embargo, el TS no parece atribuir la eficacia que se merece a la CIDPD. Es cierto que la Sala ha expandido el ámbito de análisis de estas cuestiones al examen de si la enfermedad es asimilable a la discapacidad. Ahora bien, esta cuestión se despacha de forma rápida¹²⁸⁹, omitiendo un análisis de acuerdo con los requisitos

¹²⁸⁴ Los exponentes más recientes han sido las STS de 3 de mayo de 2016 (Rec. 366/2016), STS de 1 de diciembre de 2016 (Rec. 862/2016) y STS de 21 de septiembre de 2017 (Rec. 782/2016).

¹²⁸⁵ Un examen sobre esta sentencia puede hallarse en ITURRI GÁRATE, J.C., “La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador”, *op. cit.*, págs. 5-6.

¹²⁸⁶ Nos referimos a la sentencia que se dictará fruto del recurso de casación interpuesto a la STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017 (Rec. 2310/2017).

¹²⁸⁷ Véase el apartado 32 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, que señala que la “[...] Directiva 2000/78 debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención. Para un examen en profundidad de las connotaciones derivadas de este pronunciamiento judicial, véase el apartado 3.5.3 de este estudio.

¹²⁸⁸ Tal y como señala WADDINGTON, L., “HK Danmark (Ring and Skouboe Werge): Interpreting the EU Equality Law in Light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *op. cit.* pág. 20 este hecho exigirá una reinterpretación de algunos preceptos de dicha Directiva.

¹²⁸⁹ Véase el F.D. IV4 de la STS de 3 de mayo de 2016 (Rec. 3348/2014), que valora la existencia de una discapacidad a la luz de la duración del periodo de baja de Incapacidad Temporal en el que estuvo la trabajadora, criterio que dicho sea de paso ha sido calificado de insuficiente en el marco de las conclusiones del Abogado General, de 26 de mayo de 2016, Asunto Daouidi, C-395/15, apartado 50, que sostiene que: “[...] Sin embargo, no me parece que el plazo que medie entre que se produce un accidente laboral y el despido pueda ser un criterio que determine el carácter duradero o no de la limitación sufrida por un trabajador. Tal limitación podría perfectamente considerarse duradera aun cuando el trabajador fuese

que establece el artículo 1 de la CIDPD, esto es, un estudio de la existencia de una limitación de carácter profesional de larga duración. De forma más concreta, se echa de menos un examen a la naturaleza de la enfermedad, las limitaciones profesionales que produce al trabajador o la duración previsible de sus efectos, por citar algunas de los factores que presiden el análisis de estas cuestiones en otros países¹²⁹⁰.

En consecuencia, la jurisprudencia del TS se ha mostrado poco receptiva a la asimilación de la enfermedad a la discapacidad, a diferencia de la doctrina iuslaboralista¹²⁹¹, circunstancia que pone de relieve un problema de fondo: la integración del paradigma social de tratamiento de la discapacidad en la jurisprudencia. En efecto, la CIDPD establece la normalización social de la discapacidad, pero la Sala Social del TS no ha tenido oportunidad de efectuar un análisis de esta cuestión en profundidad, que sitúe a la CIDPD como el texto normativo de referencia que es.

6.2. La extinción del contrato de trabajo por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente en grado de gran invalidez, total o absoluta del trabajador (artículo 49.1.e del TRLET)

El reconocimiento de una incapacidad en grado de gran invalidez, total o absoluta de cualquier trabajador puede dar lugar a la extinción del contrato de trabajo por parte del empresario, al amparo del artículo 49.1.e del TRLET¹²⁹². Este precepto autoriza a la parte empresarial a extinguir el contrato de forma automática cuando

despedido inmediatamente después del accidente laboral. Adoptar la postura inversa sería manifiestamente contrario a la protección de los trabajadores discapacitados en la medida en que incitaría a los empresarios a despedir lo más rápidamente posible a los trabajadores enfermos o accidentados cuya situación de incapacidad profesional pudiera resultar duradera”.

¹²⁹⁰ Para un análisis comparado de la cuestión, véase el capítulo 4 de este estudio.

¹²⁹¹ Vid. CARRIZOSA PRIETO, E., “Discapacidad, discriminación e indemnidad”, *op. cit.*, págs. 1-30.

¹²⁹² Para un estudio en profundidad, véase ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, *op. cit.*, págs. 417-451; GETE CASTRILLO, P., “Extinción de contratos de trabajo por causa de jubilación o incapacidad permanente del empresario”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 1999, págs. 1438-1443; GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., *La incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2006, pág. 86; TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El régimen de las pensiones de incapacidad permanente: derechos y obligaciones de solicitantes y beneficiarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 33; MONTOYA MEDINA, D., “Incapacidad permanente para el trabajo e ineptitud del trabajador”, en ARISTAZABAL RODRÍGUEZ, E.F. (Coord.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Madrid, 2017, págs. 965-973.

se produzca esta circunstancia¹²⁹³, salvo en aquellos supuestos en los que el órgano calificador considere que la situación médica del trabajador puede mejorar y permitir su reincorporación al puesto de trabajo¹²⁹⁴.

Sin embargo, el artículo 4.2 de la LGDPCD contempla la consideración como persona con discapacidad a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez¹²⁹⁵. Esta previsión normativa, que es *prima facie* contraria a la visión que ha venido plasmando la jurisprudencia¹²⁹⁶, plantea ciertos interrogantes con relación a la obligación de realizar ajustes razonables, e incluso puede llegar a ser incompatible con la regulación del artículo 49.1.e del TRLET¹²⁹⁷.

Así pues, ya se avanza que esta obligación no está exenta de efectos en el marco del régimen jurídico de la incapacidad permanente, ya que ha existido una

¹²⁹³ Técnicamente, será requisito imprescindible que exista resolución administrativa firme en la que se declare la incapacidad permanente, tal y como señaló la STS de 11 de mayo de 1994 (Rec. 3082/1993), y denuncia del contrato por alguna de las partes según la STS núm. 1204 de 12 de julio de 1988. No obstante, la extinción por esta causa no se infiere de la declaración de incapacidad sino del derecho a la prestación correspondiente, puesto que de no existir derecho a esta no podrá declararse la incapacidad, tal y como ha señalado DEL REY GUANTER, S. (DIR), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con Jurisprudencia*, 3ª ed., La Ley, Madrid, 2013, pág. 1149. En consecuencia, no existirá Incapacidad Permanente si no se ha reconocido el derecho a obtener la correspondiente pensión.

¹²⁹⁴ En estas circunstancias, el artículo 48.2 del TRLET establece que no procederá la extinción del contrato de trabajo, sino la continuidad de la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años, que se computará desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente.

¹²⁹⁵ Para un estudio en profundidad sobre la asimilación de la discapacidad a la incapacidad permanente, véase ESTEBAN LEGARRETA, R., "El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013", *op. cit.*, págs. 19-22.

¹²⁹⁶ El TS ha sostenido en distintas ocasiones la distinción entre el concepto de discapacidad y el de incapacidad laboral, negando explícitamente la equivalencia entre ambas instituciones. En este sentido, véanse las STS de 21 de marzo de 2007 (Rec. 3872/05 y 3902/05), STS de 22 de marzo de 2007 (Rec. 130/06), STS de 29 de marzo de 2007 (Rec. 114/06), STS de 29 de mayo de 2007 (Rec. 5472/05), STS de 5 de junio de 2007 (Rec. 3204/06), STS de 19 de julio de 2007 (Rec. 2732/06 y 3840/06), STS de 27 de septiembre de 2007 (Rec. 976/06), y STS de 2 de diciembre de 2008 (Rec. 4107/07).

No obstante, la STS de 28 de enero de 2008 (Rec. 3109/06), F.D. III *in fine*, matizó que la homologación entre ambas situaciones, que puede contemplarse normativamente y de hecho así se prevé en el artículo 4.2 de la LGDPCD, sólo surtirá efectos respecto a las previsiones que contempla la norma que fija la asimilación. Tesis esta que fue ratificada por la STS de 26 de junio de 2008 (Rec. 1195/07), F.D. III, que añadió que la homologación entre situaciones en el ámbito de la norma que así lo contemple operará de forma automática, *sin necesidad de llevar a cabo otra actuación que no sea la de acreditar la situación de incapacidad permanente legalmente homologada*.

En consecuencia, las medidas previstas en el marco de la LGDPCD podrán ser de aplicación, en su caso, a aquellas personas que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, operando tal asimilación de forma automática.

¹²⁹⁷ En este sentido, véase RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., "La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad", *op. cit.*, pág. 115, que señala que: "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".

creciente voluntad normativa y jurisprudencial de permitir la compatibilización de la prestación de servicios con la percepción de la pensión. Esta circunstancia exige valorar cómo interactúa la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo de personas con discapacidad en cada uno de los grados de incapacidad permanente, dado que cada situación plantea problemáticas distintas. Ante este escenario, el núcleo esencial de este apartado se centrará en examinar cómo interactúa la obligación de realizar ajustes razonables con los grados de Gran invalidez, Absoluta y Total, pues el grado parcial no se halla previsto normativamente en el marco del artículo 49.1.e del TRLET¹²⁹⁸, así como tampoco asimilado al concepto de persona con discapacidad en el marco del artículo 4.2 de la LGDPCD.

6.2.1. El reconocimiento de la situación de incapacidad permanente en grado de gran invalidez y absoluta

Las modalidades que menor problemática plantean son la gran invalidez y la incapacidad permanente absoluta, debido a su caracterización excluyente. Ambas parten de una considerable situación de limitación profesional, que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio. Sin embargo, el artículo 198.2 de la LGSS contempla la posibilidad de desarrollar aquellas actividades, incluso lucrativas, siempre que sean compatibles con el estado del beneficiario de la pensión y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. Y esta previsión normativa, sumada a un giro radical en la interpretación de la expresión “actividades compatibles con el estado del beneficiario” que han efectuado los tribunales desde la STS de 30 de enero de 2008 (Rec. 480/2007)¹²⁹⁹, permite al beneficiario de una pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez prestar sus servicios, con ciertas limitaciones¹³⁰⁰.

¹²⁹⁸ Tal y como indican MARTIN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURICA, J., *Derecho del trabajo*, Vigésimosexta edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2017, pág. 847 la incapacidad permanente parcial no supone incapacitación para el trabajo, sino disminución de la capacidad de trabajar, y sólo podría llevar a la extinción por la vía de la ineptitud. En este punto, no debe olvidarse la existencia de medidas de fomento del empleo previstas para este tipo de situaciones, ex artículo 1 del RD 1451/1983, que no serán analizadas en este estudio por cuestiones de espacio.

¹²⁹⁹ En este sentido, véase especialmente GALA DURÁN, C., “La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la Ley 27/2011”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol. 122, 2013, págs. 104-115; así como ALVAREZ CORTÉS, J.C.; ALONSO RUSSI, E., “Prestaciones de Seguridad Social: algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena”, *Temas laborales: Revista*

Esta circunstancia exige, pues, valorar el impacto de la obligación de realizar ajustes razonables en estas situaciones, ya que no existe precepto legal alguno que establezca que las actividades desarrolladas por el beneficiario de una pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez deban ser superfluas, accidentales o esporádicas¹³⁰¹, o, dicho en otras palabras, excluidas del ámbito de regulación del Derecho del Trabajo.

En primer lugar, la obligación de realizar ajustes razonables sería plenamente aplicable *prima facie* al desempeño de funciones de beneficiarios de pensiones de incapacidad permanente en grado de absoluta o gran invalidez, ya que el artículo 4.2 de la LGDPCD contempla su asimilación en relación con el concepto de persona con discapacidad¹³⁰². Sin embargo, la aplicación del deber empresarial objeto de estudio no se extiende al desarrollo de cualquier función profesional, sino sólo aquellas que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional¹³⁰³. Así pues, la exigencia de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo que ocupen trabajadores beneficiarios de pensiones de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez se limitaría a aquellos ámbitos que se hallen relacionados con la situación que genera la discapacidad y que, por lo tanto, otorga la posibilidad de solicitar los ajustes.

andaluza de trabajo y bienestar social, 106, 2010, págs. 256-259; FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., "Compatibilidad trabajo-pensión de incapacidad: evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Actualidad laboral*, vol. 2, 2013, págs. 192 y ss; y MORENO DE VEGA Y LOMO F., "¿Compatibilidad entre pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 6, 4, 2013, págs. 25-38, que indican de forma muy exhaustiva la evolución del tratamiento de esta cuestión por los tribunales.

¹³⁰⁰ El límite será el "[...] *ejercicio de aquellas actividades que no sean compatibles –en el sentido de inadecuadas o perjudiciales- con el estado –no con la pensión- del beneficiario*", tal y como indica GALA DURÁN, C., "La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la Ley 27/2011", *op. cit.*, pág. 107.

¹³⁰¹ Véase el F.D. II de la STS de 14 de julio de 2010 (Rec. 3531/2009).

¹³⁰² A propósito de la homologación entre situaciones, véanse las STS de 28 de enero de 2008 (Rec. 3109/06), F.D. III *in fine* y la STS de 26 de junio de 2008 (Rec. 1195/07), F.D. III, ya citadas anteriormente.

¹³⁰³ Esta exigencia fue establecida por el apartado 38 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, que limita indirectamente el ámbito de aplicación de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo a la existencia de limitaciones que afecten directamente a la vida profesional. Esta tesis fue confirmada por la STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12, EU:C:2014:159, que desestimó la posibilidad de calificar como persona con discapacidad, a los efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78, a una madre subrogante que tuvo un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, dado que "[...] *la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él*" (apartado 81).

En la práctica, esta situación se traduce en que el deber empresarial objeto de estudio sólo podría solicitarse para aquellas tareas que fueren “incompatibles”, pues son precisamente estas las que presentan una conexión más estrecha con relación a la patología que genera la declaración de incapacidad permanente, y que, a su vez, permite su asimilación al concepto de persona con discapacidad. Esta circunstancia pone de relieve una segunda cuestión sobre la que conviene detenerse: la afectación de la obligación de realizar ajustes razonables respecto a la consideración de actividades incompatibles. Tal y como señala la STS de 30 de enero de 2008 (Rec. 480/2007), se prohíbe el ejercicio de actividades no compatibles – en el sentido de inadecuadas o perjudiciales- con el estado del beneficiario de la pensión de incapacidad permanente.

Ahora bien, la determinación de la compatibilidad de una actividad profesional requiere una lectura integradora a la luz de la obligación de realizar ajustes razonables, ya que este tipo de trabajadores serán considerados, a efectos laborales¹³⁰⁴, personas con discapacidad. La pretensión de este deber empresarial, que es la máxima manifestación del paradigma social de tratamiento de la discapacidad en el ámbito laboral¹³⁰⁵, viene a reivindicar el derecho al trabajo de quien se halla en una situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, ex art. 35 de la C.E., y a reforzar su reinserción social y laboral. En particular, el amplio alcance material de la obligación de realizar ajustes razonables, que incluye el acceso al empleo, el desempeño del trabajo, el progreso profesional y el acceso a la formación¹³⁰⁶, permite la realización de actividades que podrían ser calificadas en un primer momento como incompatibles. En consecuencia, una interpretación conforme a la CIDPD y a la Directiva 2000/78 exigiría integrar la obligación de realizar ajustes razonables en el concepto “actividades no compatibles”. Concretamente, debería reconocerse legalmente, o en su defecto, jurisprudencialmente, la incidencia del deber

¹³⁰⁴ En efecto, la LGDPCD es la norma que regula el derecho al trabajo de las personas con discapacidad (capítulo VI del título I), y en virtud de la STS de 28 de enero de 2008 (Rec. 3109/06), F.D. III *in fine*, la homologación entre la situación de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez y el concepto de persona con discapacidad surtirá efectos respecto a las previsiones que contempla la norma que fija la asimilación, esto es, la LGDPCD.

¹³⁰⁵ Para un estudio en profundidad del modelo de tratamiento social de la discapacidad, véase el apartado 1.3 de este estudio.

¹³⁰⁶ Para un estudio en profundidad del ámbito material del deber empresarial objeto de estudio, véase el apartado 5.2.1.

empresarial objeto de estudio en el concepto “actividades no compatibles”, en el sentido de que, en función de la situación concreta, pueda convertir actividades aparentemente incompatibles en compatibles.

Así pues, a modo de cierre, conviene destacar que se aprecia una falta de implementación coordinada del deber empresarial objeto de estudio. En este caso, el legislador debió valorar el impacto derivado de la asimilación de la situación de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez al concepto de “persona con discapacidad”, pues el artículo 40.2 de la LGDPCD contempla una obligación que afecta directamente a la empleabilidad de este colectivo.

6.2.2. El reconocimiento de la situación de incapacidad permanente en grado de total

La incapacidad permanente total plantea alguna complicación añadida. Entendida como aquella situación en la que el trabajador no puede realizar todas las tareas o las fundamentales de su profesión habitual, pudiendo dedicarse a otra distinta¹³⁰⁷, suscita cuestiones interesantes en relación con la obligación de realizar ajustes razonables. Concretamente, la posibilidad de que una persona, beneficiaria de una incapacidad permanente total, pueda solicitar la realización de ajustes razonables en el marco de la prestación de servicios para una profesión que no es desempeñada por este de forma habitual.

A primera vista, la respuesta apunta a ser negativa, pues la merma de la capacidad de trabajo afectaría sólo a las funciones inherentes a la profesión habitual, sin que ello exija al empresario el cumplimiento del deber objeto de estudio. En efecto, la asimilación que efectúa el artículo 4.2 de la LGDPCD, que permitiría exigir el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables¹³⁰⁸, extiende sus efectos en los casos de incapacidad permanente total respecto a aquellas tareas o funciones propias de la profesión habitual que da lugar al reconocimiento de la pensión. Esta sería la respuesta en aquellos supuestos en los que las funciones de la profesión habitual y no habitual son diametralmente

¹³⁰⁷ Véase la Disposición transitoria vigésima sexta de la LGSS.

¹³⁰⁸ Véase la STS de 28 de enero de 2008 (Rec. 3109/06), F.D. III *in fine* y la STS de 28 de junio de 2008 (Rec. 1195/07).

opuestas. En tales situaciones, la incidencia de la obligación de realizar ajustes razonables como control previo a la extinción es prácticamente inexistente, pues las limitaciones derivadas de la consideración de la discapacidad no se hallan conectadas a las nuevas tareas o funciones, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar la readmisión en la última empresa en la que prestó servicios, ex artículo 2 del RD 1451/1983¹³⁰⁹. Por lo tanto, no existirán medidas adecuadas en relación con las tareas o funciones sobre las que el trabajador no presenta limitaciones en la vida profesional, dado que se hallan desconectadas de la circunstancia que produce la asimilación al concepto de persona con discapacidad.

Sin embargo, esta cuestión adquiere una mayor magnitud en aquellos supuestos en los que la delimitación de las tareas profesionales entre ambas no es clara, e incluso pueden llegar a ser coincidentes. Ante estas situaciones, no parece existir inconveniente alguno, desde una perspectiva española, en la exigencia del cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables¹³¹⁰. En efecto, la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de que el trabajador en cuestión se beneficie de aquellas medidas previstas en la norma que contempla la homologación entre situaciones¹³¹¹. Ahora bien, será necesario efectuar un examen caso por caso para determinar si opera efectivamente el mencionado deber empresarial, ya que la obligación objeto de estudio no sería exigible en

¹³⁰⁹ Este precepto contempla la preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en la que trabajó, en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional, siempre que el trabajador hubiera recobrado su plena capacidad laboral como consecuencia de haber recibido prestaciones de recuperación profesional.

En este punto, conviene clarificar que no nos encontramos ante una manifestación de la obligación de realizar ajustes razonables, pues la recuperación de la capacidad profesional conllevará la exclusión de la consideración como persona con discapacidad al amparo del artículo 4.2 de la LGDPCD, y, por lo tanto, de la posibilidad de solicitar el cumplimiento de la obligación empresarial objeto de estudio. Idéntica solución debe derivarse, en mi opinión, respecto a la posibilidad de calificar al trabajador como persona con discapacidad al amparo del artículo 4.1 de la LGDPCD, pues la interpretación de este precepto, que deriva de la adaptación normativa del artículo 1 de la CIDPD, exige la existencia de una limitación en la vida profesional, tal y como ha señalado el apartado 38 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222. Este extremo será difícilmente acreditable si el trabajador ha recobrado su plena capacidad laboral en los términos constatados en el artículo 2 del RD 1451/1983.

¹³¹⁰ En este mismo sentido, véase RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., "La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad", *op. cit.*, pág. 116.

¹³¹¹ Véase la STS de 28 de enero de 2008 (Rec. 3109/06), F.D. III *in fine*, que matizó que la homologación entre ambas situaciones que puede contemplarse normativamente sólo surtirá efectos respecto a las previsiones que contempla la norma que fija la asimilación. Tesis esta ratificada, como ya hemos indicado anteriormente, por la STS de 26 de junio de 2008 (Rec. 1195/07), F.D. III, que añadió que la homologación entre situaciones en el ámbito de la norma que así lo contemple operará de forma automática, *sin necesidad de llevar a cabo otra actuación que no sea la de acreditar la situación de incapacidad permanente legalmente homologada*.

todas las situaciones¹³¹². En este sentido, los ajustes a exigir sólo serán razonables respecto a aquellas funciones cercanas o compartidas en relación con la profesión habitual que otorgan la condición de persona con discapacidad por homologación de la incapacidad permanente total ex artículo 4.2 de la LGDPCD. En tales casos, la legitimación del trabajador para solicitar el cumplimiento de la obligación se derivará automáticamente de la resolución emitida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en la que se reconoce la incapacidad permanente total¹³¹³, y actuará como un paso necesario previo a la extinción del contrato de trabajo por la vía del artículo 49.1.e del TRLET, so pena de considerar nula la decisión extintiva ex artículo 63 de la LGDPCD¹³¹⁴.

No obstante, desde un plano europeo, ¿se opone este reconocimiento que efectúa la norma española al concepto de persona con discapacidad? El TJUE se ha encargado de precisar la definición de este concepto, ante el silencio de la norma europea de referencia, a saber, la Directiva 2000/78, adoptando para ello una caracterización muy similar a la referida en el artículo 1 de la CIDPD¹³¹⁵.

Ahora bien, aún no ha sido planteada ninguna cuestión prejudicial a propósito de la compatibilidad con el Derecho de la UE de una homologación, de carácter nacional, de la Incapacidad Permanente con la discapacidad y la aplicación del artículo 5 de la Directiva 2000/78 en este tipo de situaciones. La cuestión es especialmente importante, y exigiría el planteamiento de dos cuestiones prejudiciales¹³¹⁶, que ofrecerían una respuesta necesaria, ya no a propósito de la

¹³¹² En sentido contrario, véase RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., "La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad", *op. cit.*, pág. 116-117.

¹³¹³ Sobre esta cuestión, véase la STS de 28 de junio de 2008 (Rec. 1195/07), cuyo F.D. III señala: "*De lo anterior se desprende que no solo la automaticidad de la homologación opera únicamente en el ámbito y para las previsiones de la Ley 51/2003, en ningún caso a todos los efectos, sino que a quienes estén en esas situaciones de incapacidad y pretendan hacer efectiva la realidad de la existencia de la simple condición de minusvalía cifrada en el 33%, en el ámbito de aplicación de la referida Ley, no han de llevar a cabo otra actuación que no sea la de acreditar la situación de incapacidad permanente legalmente homologada*".

¹³¹⁴ A propósito de esta cuestión véase el apartado 5.2.3.C de este estudio, relativo a los efectos derivados del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables y su incidencia en la extinción del contrato de trabajo.

¹³¹⁵ La sentencia de referencia sobre esta cuestión es la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, cuyo párrafo 38 contextualiza la definición de discapacidad plasmada en la CIDPD en el ámbito de la Directiva 2000/78 mediante la referencia a la afectación de la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Esta doctrina no ha sufrido modificaciones, más allá de clarificar cuestiones como la determinación del significado de la expresión "larga duración", efectuada en el marco de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

Para un examen en profundidad sobre esta cuestión, véanse los apartados 3.5.3 y 3.5.6 de este estudio.

¹³¹⁶ El contenido de tales cuestiones prejudiciales debería preguntar al TJUE si: a) se opone a la definición europea de persona con discapacidad que una normativa nacional incluya una homologación del concepto de

interacción entre el artículo 5 de la Directiva 2000/78 y el artículo 49.1.e del TRLET, sino sobre el concepto de persona con discapacidad en relación con categorías jurídicas que pueden incluir situaciones coincidentes y si opera la obligación de realizar ajustes razonables en tales situaciones.

A efectos de ofrecer una solución a tales interrogantes, todo apunta a que la asimilación entre incapacidad permanente y discapacidad efectuada por el legislador español en el marco del artículo 4.1 de la LGDPCD no se opondría al Derecho de la UE, ya que la denominación de la categoría jurídica no condicionaría su asimilación. En este sentido, no es ocioso traer a colación los argumentos esgrimidos por el TJUE a en el marco de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917 que valoró una cuestión similar. En este caso, el Tribunal valoró la posibilidad de que una Incapacidad temporal pudiera ser asimilada al concepto de discapacidad¹³¹⁷, y el razonamiento que utilizó el Tribunal es perfectamente aplicable en esta situación¹³¹⁸, a fin y efecto de ofrecer una respuesta análoga. Sobre la hipotética respuesta a propósito de la exigencia de la obligación de realizar ajustes razonables en este tipo de situaciones, la solución más factible sería exigir su cumplimiento en cualquier caso en el que el trabajador pueda ser considerado persona con discapacidad, y ello incluiría la ejecución de adaptaciones únicamente sobre funciones incardinables o próximas en la ocupación habitual del trabajador beneficiario de una pensión de incapacidad permanente total. El uso de la expresión “[...] en función de las necesidades de cada situación concreta [...]”, referida a las medidas a adoptar, permite clarificar las situaciones en las que corresponde la

persona con discapacidad a beneficiarios de una pensión de Incapacidad Permanente Total, que permite seguir prestando servicios en el mercado de trabajo en una profesión que no sea la habitual; b) en caso de respuesta negativa, si sería exigible el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables para el desarrollo de las funciones propias de una profesión no habitual.

¹³¹⁷ Concretamente, el Tribunal clarificó la relación entre el requisito “larga duración” e incapacidad temporal, entre otras cuestiones, en el sentido de entender que *el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera»* (párrafo 69), siendo la denominación una cuestión que no exime o condiciona el análisis de las notas características de la definición de discapacidad.

¹³¹⁸ Véase los apartados 51 y 52 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, que contemplan que: “51.- Así pues, a falta de tal remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, el concepto de limitación «duradera» de la capacidad de la persona, con arreglo al concepto de «discapacidad» al que se refiere la Directiva 2000/78, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme.

52.- De ello resulta que el hecho de que se aplique al Sr. Daouidi el régimen jurídico de la incapacidad «temporal», con arreglo al Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como «duradera», en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de la ONU’.

adopción de ajustes razonables. Y ante el lógico silencio de la norma europea en este tipo de situaciones¹³¹⁹, la interpretación más coherente, en el marco de una obligación que no es absoluta¹³²⁰, debe ser ponderada e incluir sólo aquellos escenarios en los que las funciones profesionales que requieren una adaptación guardan estrecha conexión con la patología que generó la declaración de incapacidad permanente total.

6.3. La extinción objetiva del contrato de trabajo debida a la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa (artículo 52.a del TRLET)

El desarrollo de la prestación de servicios en el ámbito laboral exige, entre los deberes estipulados en el artículo 5 del TRLET, el cumplimiento de las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, y cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas. Ambas condiciones implican esencialmente la existencia de capacidad para prestar las funciones esenciales asociadas al puesto de trabajo, requisito este que deberá concurrir durante toda la duración del contrato de trabajo.

Sin embargo, esta capacidad laboral exigida para prestar servicios puede verse alterada a lo largo de la relación laboral, y es por ello que el legislador ideó una vía para facilitar la extinción del vínculo contractual, mediante una causa obstativa de la continuidad del contrato por desaparición de su objeto¹³²¹, especialmente para aquellas situaciones en las que no se reconoce una prestación de

¹³¹⁹ En efecto, la Directiva 2000/78 se abstiene de diferenciar si la obligación de realizar ajustes razonables opera para aquellas funciones propias o ajenas a una profesión habitual desarrollada con anterioridad.

¹³²⁰ Véase el apartado 42 de las conclusiones de la Abogado General de 19 de octubre de 2017, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2017:788, que indica: “*Dicho lo anterior, debo destacar que el artículo 5 no tiene alcance ilimitado. Ya he indicado que la obligación que impone no resulta aplicable cuando suponga una carga excesiva para el empresario. También es relevante señalar que dicha disposición tiene la finalidad de colocar a los miembros discapacitados de la plantilla en pie de igualdad con sus compañeros sin discapacidad, no la de otorgarles más derechos. En este sentido, el considerando 17 de la Directiva 2000/78 observa, entre otros extremos, que la Directiva no obliga al empresario a mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate [...]*”

¹³²¹ Así lo apunta SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., “Ineptitud, falta de adaptación y absentismo”, en *Estudios sobre el despido: homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996, pág. 140.

Incapacidad Permanente. El artículo 52.a del TRLET se encarga de articular esta posibilidad¹³²², pero la escasa atención a su regulación ha originado una configuración eminentemente jurisprudencial.

En este sentido, la ineptitud fue definida por el TS como *la inhabilidad o carencia de facultades que tienen su origen en la persona del trabajador, bien por la falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por el deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo: rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc*¹³²³, y su caracterización no ha sufrido ninguna matización desde entonces. Paralelamente, la correcta aplicación de esta modalidad extintiva exige el cumplimiento de cinco requisitos, a saber: a) ha de provenir de circunstancias concurrentes en la persona del trabajador¹³²⁴; b) ha de ser de carácter permanente; c) debe ser posterior al inicio del contrato; d) ha de afectar al elemento central de la prestación laboral¹³²⁵; y, por último, e) debe ser ajena a la voluntad del trabajador¹³²⁶. Como puede observarse, nos encontramos ante una causa que ha sido calificada por la doctrina como abierta¹³²⁷, unilateral¹³²⁸, y que, por lo tanto, de una amplitud extrema que puede llegar a englobar supuestos muy diversos.

Ante este escenario, el primer aspecto a abordar en el marco de este apartado es el concepto “ineptitud”. El silencio normativo del artículo 52.a del TRLET dificulta la diferenciación de este concepto respecto a otros términos jurídicos relevantes,

¹³²² El contenido del precepto señala: “El contrato podrá extinguirse: a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento”.

¹³²³ Véase el F.D. II de la STS núm. 663 de 2 de mayo de 1990.

¹³²⁴ El Tribunal matiza que aquellas circunstancias fruto de impedimentos legales deben ser descartadas, como por ejemplo la existencia de impedimentos legales para ejercer la profesión.

¹³²⁵ Sobre esta cuestión, la citada sentencia clarifica que esta afectación no se refiere a la mera pérdida de aptitud para algunas tareas determinadas o aquella con una repercusión mínima sobre las labores básicas, ya que “ya que lo que la norma quiere proteger es el interés del empresario por la utilidad de los servicios de ese trabajador” (F.D. III.4 de la citada sentencia).

¹³²⁶ El apartado 5º del F.D. III señala que la ineptitud no incluye los supuestos de disminución voluntaria de rendimiento. Estas situaciones deberán incardinarse por la vía del artículo 54.2.e del TRLET.

¹³²⁷ Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral”, *Revista de Política Social*, vol. 127, 1980, pág. 205; FITA ORTEGA, F., *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., págs. 452-463; PASTOR MARTINEZ, 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., pág. 11 (versión electrónica) y GOÑI SEÍN, J.L.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, op. cit., pág. 272.

¹³²⁸ Vid. RUIZ CASTILLO, M. M., *Igualdad y no discriminación*, op. cit., pág. 121, que destaca el carácter unilateral de la apreciación de la ineptitud y la convalidación, en su caso, por los tribunales.

como es, por ejemplo, la discapacidad. Afortunadamente, la jurisprudencia ha abordado esta cuestión, diferenciando la ineptitud de la incapacidad permanente¹³²⁹.

Ahora bien, ¿cómo ha encajado el concepto “discapacidad” en el “término” ineptitud? Si examinamos el artículo 52.a del TRLET, puede observarse que el legislador no ha procedido a clarificar cómo interactúan tales conceptos, circunstancia que es especialmente negativa si tenemos en cuenta la progresiva expansión que ha experimentado la caracterización de la discapacidad¹³³⁰. El planteamiento normativo, que no ha sufrido variaciones desde los orígenes de su implementación en el ordenamiento jurídico español¹³³¹, focaliza su atención en definir la ineptitud como una falta de habilidad para la realización de las tareas profesionales esenciales en el puesto de trabajo en concreto¹³³², sin prestar atención a la tipología de la ineptitud. Si lo comparamos con la definición actual que ofrece el legislador del concepto “discapacidad” ex artículo 4 de la LGDPCD, observamos que se parte de la existencia de deficiencias físicas, mentales e intelectuales que generan limitaciones en la participación del trabajador, requiriéndose el carácter duradero y una repercusión en el ámbito laboral¹³³³.

¹³²⁹ Así lo señalan las STS de 10 de diciembre de 1985 (RJ 1985,6089), STS de 14 de abril de 1988 (RJ 1988,2960), STS de 2 de mayo de 1990 (RJ 1990,3937) y STS de 10 de diciembre de 1991. Sin embargo, es una cuestión confusa, pues en la práctica podemos hallar pronunciamientos judiciales contradictorios, tal y como constata TOSCANI GIMENEZ, D., “Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador”, *op. cit.*, pág. 2 (versión electrónica), que cita multitud de sentencias a favor y en contra de la extinción por ineptitud en estos supuestos.

¹³³⁰ La causa de esta expansión se halla en la evolución de la doctrina del TJUE, cuya STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222 significó un punto de inflexión que inició la ampliación del concepto “discapacidad”, al admitir la asimilación de la enfermedad a aquel. Para un examen en profundidad de los hitos del TJUE sobre esta materia, véase el apartado 3.5 de este estudio.

¹³³¹ La extinción por causas objetivas debida a la ineptitud sobrevenida del trabajador se introdujo en el ordenamiento jurídico español en el artículo 89.6 de la Ley de Contrato de Trabajo de 22 de noviembre del 1931, y su redacción ha sufrido variaciones menores. Concretamente, la redacción original señalaba como justa causa para despedir: “la ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado”, redacción esta que se mantuvo inalterada hasta la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 14 de marzo), cuyo artículo 52.a introdujo la redacción que a fecha de hoy sigue intacta.

¹³³² Sobre el puesto de trabajo como marco para valorar la ineptitud, véase RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *op. cit.*, pág. 117, que indica que: “[...] para apreciar la ineptitud sobrevenida se tienen en cuenta las concretas funciones del puesto de trabajo”.

Sin embargo, la doctrina judicial ha matizado, en alguna ocasión, esta concepción. Véase, en este sentido, la STS de 17 de enero de 1989 (RJ 1989/259), la STSJ de Castilla la Mancha de 22 de febrero de 2007 (Rec. 1897/2006) y la STSJ de Madrid de 3 de julio de 2009 (Rec. 2327/2009), tal y como constata *Ibid.* pág. 118.

¹³³³ Así se indicó por la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, apartado 44 y, de forma más reciente y profunda, la STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12, EU:C:2014:159, apartado 80.

Este es, precisamente, el mayor defecto que debe achacársele a esta modalidad extintiva: la falta de concreción e inamovilidad del concepto ineptitud, debida a la falta de adaptación a los cambios jurisprudenciales y normativos sobre el concepto de discapacidad. En este sentido, sería recomendable que el legislador integrase, en el marco del artículo 52.a del TRLET, una clasificación de la ineptitud diferenciada por las causas que la originan, tal y como ha formulado la doctrina¹³³⁴. La modificación de la extinción por causas objetivas debida a la ineptitud del trabajador no debería limitarse a la clasificación doctrinal indicada anteriormente, sino que sería conveniente incluir un tratamiento diferenciado para cada una de las categorías. Particularmente, el tratamiento legal de aquellas ineptitudes debidas a la alteración de la salud del trabajador exigiría un apartado específico para la ineptitud derivada de la existencia de una discapacidad, entendida esta según los requisitos exigidos por el artículo 4.1 de la LGDPCD. Respecto a las situaciones reconocidas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, estas quedarían excluidas del ámbito del artículo 52.a del TRLET, debido a su previsión en el marco del artículo 49.1.e del TRLET. Aquellas situaciones en las que se reconoce una incapacidad permanente parcial, que como ya se ha señalado no encajan en el marco del artículo 49.1.e del TRLET¹³³⁵, tampoco tendrían cabida en este apartado específico de la extinción por causas objetivas debida a la ineptitud del trabajador, salvo una excepción que debería recogerse normativamente: la notable incidencia de la incapacidad permanente parcial en el rendimiento del trabajador.

Si bien es cierto que la aplicación de esta modalidad es excluida normativamente del artículo 52.a del TRLET debida a la existencia de una norma específica que impide su aplicación, a saber, el artículo 1 del RD 1451/1983¹³³⁶, la doctrina judicial se ha encargado de matizar su incorporación. En efecto, la acreditación de

¹³³⁴ Según TOSCANI GIMENEZ, D., “Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador”, *op. cit.*, pág. 3 versión electrónica, la conceptualización del concepto ineptitud se compone de tres clasificaciones que atienden a las causas que generan dicha circunstancia: a) la ineptitud debida a la revocación o no renovación de titulaciones o habilitaciones profesionales; b) la carencia de facultades como consecuencia de alteraciones de la salud; y, finalmente, c) la inhabilidad por otras causas, categoría esta que actúa como cajón de sastre, integrando aquellas situaciones que no encajan con ninguna de las otras clases.

¹³³⁵ Para un examen sobre la relación entre este artículo y la obligación de realizar ajustes razonables, véase el apartado 6.2 de este estudio.

¹³³⁶ Véase, en este sentido, la STSJ de Murcia de 23 de abril de 1992 (AS 1992/1818), la STSJ de Las Palmas de 26 de febrero de 2004 (Rec. 848/2002) y la STSJ de Madrid de 9 de enero de 2014 (Rec. 1579/2013), entre otras.

una notable incidencia de la incapacidad permanente parcial en el rendimiento del trabajador¹³³⁷, es un escenario que podría permitir la extinción por ineptitud sobrevenida. Sin embargo, esta situación sólo debería mencionarse explícitamente cuando la afectación se refiere únicamente al concreto puesto de trabajo y no al grupo profesional, pues esta es una de las diferencias clave entre la incapacidad y la ineptitud¹³³⁸. Ello permitiría, a su vez, la plena efectividad de la obligación de realizar ajustes razonables como control previo a las extinciones por causa de la ineptitud del trabajador, que despliega sus efectos única y exclusivamente en el marco del puesto de trabajo¹³³⁹.

Ahora bien, la cuestión central que surge a la luz de la caracterización de esta modalidad extintiva es cómo interactúa la obligación de realizar ajustes razonables en este tipo de supuestos extintivos. La primera observación que debe formularse en el marco de este asunto es el absoluto silencio normativo, especialmente tras la ratificación de la CIDPD por España y la aprobación de la LGDPCD. En efecto, el legislador procedió a introducir la obligación de realizar ajustes razonables en el ordenamiento jurídico español, fruto de la transposición de la Directiva 2000/78, pero no se ha encargado de acomodar el marco jurídico

¹³³⁷ Una parte de la doctrina judicial de suplicación ha considerado que existe la posibilidad empresarial de extinguir el contrato de trabajo por la causa objetiva prevista en el artículo 52.a del TRLET cuando se acredita una notable incidencia de la incapacidad permanente parcial en el rendimiento del trabajador. Un claro exponente de esta tesis es la STSJ de Murcia de 6 de febrero de 2012 (Rec. 774/11), tal y como señalan GÓÑI SEÍN, J.L.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, op. cit., págs. 277-278. En esta misma línea, véase también SALA FRANCO, T., *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 133.

¹³³⁸ Vid. RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., "La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad", op. cit., pág. 117 *in fine*, que indica 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", y cita como claro ejemplo de esta doctrina a la STSJ del País Vasco de 6 de mayo de 1997 (Rec. 654/1997), cuyo F.D. III sostiene: "Concretamente, el grado más bajo de invalidez permanente (como es la incapacidad permanente parcial, por debajo del cual no hay situación de invalidez permanente) es aquel por el que las secuelas presumiblemente definitivas que presenta el trabajador no le impiden seguir haciendo las tareas esenciales de su profesión habitual, pero sí le ocasionan una pérdida de rendimiento superior a un tercio del normal (artículo 137.3 de la LGSS). Dos datos conviene destacar: de una parte, esa valoración se hace tomando en consideración la profesión que se desempeña, lo que no es equivalente al concreto puesto de trabajo que se ocupa en un momento determinado [...]"

No obstante, conviene dejar apuntado que esta distinción puede ser modificada legalmente cuando se produzca, en su caso, la entrada en vigor de la reforma de la incapacidad permanente diseñada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social (BOE de 16 de julio), que se condiciona a la aprobación de un desarrollo reglamentario que aún no se ha efectuado.

A propósito de esta disfunción legislativa no menor, véase ESTEBAN LEGARRETA, R., "El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013", op. cit., págs. 7-8 (versión electrónica).

¹³³⁹ Véase el considerando 20 de la Directiva 2000/78, el artículo 5 de la Directiva 2000/78 y el artículo 40.2 de la LGDPCD, que incluyen referencias única y exclusivamente al puesto de trabajo, y en ningún caso al grupo profesional.

de instituciones existentes previamente a los principios de la CIDPD. Esta circunstancia se refleja claramente en la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida, pues las modificaciones que ha sufrido esta institución, en orden a su adaptación a la CIDPD y especialmente a la obligación de realizar ajustes razonables, han sido inexistentes. Afortunadamente, la STS de 22 de febrero de 2018 (Rec. 160/2016), examinada en el apartado 6.1 de esta obra, ha ofrecido algo de luz respecto a esta cuestión. En efecto, esta sentencia sostiene la necesidad de que se acrediten dos circunstancias, a fin de proclamar la existencia de discriminación por razón de discapacidad en el marco de las extinciones por ineptitud sobrevenida: a) la acreditación de una situación de discapacidad del trabajador; y b) la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables. En cualquier caso, ello deja patente un problema de fondo que, por su magnitud, no será tratado en el marco de este estudio, a saber, la correcta adaptación de la CIDPD al ordenamiento jurídico español¹³⁴⁰, y concretamente, a las instituciones básicas en materia de Derecho del Trabajo.

Tras esta primera crítica, es necesario señalar que la doctrina judicial ha sido consciente de la importancia de modular la aplicación del artículo 52.a del TRLET, sobre todo si tenemos en cuenta su escaso contenido legal. Ahora bien, esta circunstancia se ha producido única y exclusivamente respecto a la tutela preventiva, y en ningún caso respecto a la tutela discriminatoria¹³⁴¹. En este sentido, la doctrina judicial ha sido muy prolífica¹³⁴², y se ha encargado de advertir la primacía del derecho al trabajo dentro de la tutela preventiva¹³⁴³, de tal suerte

¹³⁴⁰ Sobre esta cuestión, véase la obra WADDINGTON, L.; LAWSON, A., *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice. A Comparative Analysis of Role of the Courts.*, Oxford University Press, Reino Unido, 2018., que incluye entre los países analizados a España.

¹³⁴¹ La tutela discriminatoria es aquella que se dirige para lograr la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y dentro de esta se incluye inexorablemente la realización de ajustes razonables ex artículo 5 de la Directiva 2000/78. En cambio, la tutela preventiva persigue la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales, y es aquí donde debe incorporarse la obligación de adoptar medidas preventivas para la protección de trabajadores con discapacidad, al amparo del artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. Para un estudio en profundidad, véase el apartado 3.3.2.A de este estudio y GOÑI SEIN, J.L.; RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, *op. cit.*, pág. 171 y ss.

¹³⁴² Véase la STSJ del País Vasco de 3 de junio de 2008 (Rec. 1105/2008); la STSJ de Madrid de 14 de enero de 2013 (Rec. 4701/2012); la STSJ de Castilla y León de 2 de octubre de 2013 (Rec. 1142/2013); la STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2014 (Rec. 1460/2014); la STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2015 (Rec. 7053/2014); entre otras.

¹³⁴³ Especialmente ilustrativa es la STSJ del País Vasco de 3 de junio de 2008 (Rec. 1105/2008), que fue la primera en sostener esta tesis. Concretamente, el F.D. II advierte que “[...] nuestra actual legislación está primando el derecho al trabajo, pero dentro de los parámetros de seguridad e higiene, de forma que la

que el despido por ineptitud sobrevenida debe ser considerado subsidiario respecto a la adaptación del puesto de trabajo por motivos de salud y seguridad. De esta manera, el empresario debe agotar todas las opciones de adaptación posibles, en el marco de la obligación de realizar ajustes razonables, antes de proceder a la extinción del artículo 52.a del TRLET¹³⁴⁴.

Dicho esto, la pregunta clave a la que debe darse respuesta en el marco de este apartado es si podría aplicarse análogamente la doctrina judicial expuesta previamente en el marco de la obligación de realizar ajustes razonables, dada las diferencias existentes entre la tutela preventiva y discriminatoria que se detallaron previamente¹³⁴⁵.

La respuesta debe ser afirmativa, pero el fundamento que justifica tal conclusión difiere en el terreno normativo a la justificación ofrecida en el supuesto de compatibilidad entre las medidas preventivas y la aplicación del artículo 52.a del TRLET. La CIDPD y la Directiva 2000/78 asumen, en este punto, una importancia capital para fundamentar la posibilidad de modular la extinción del contrato de trabajo debido a la ineptitud sobrevenida del trabajador. En efecto, la CIDPD promueve, protege y asegura el derecho a trabajar en igualdad de condiciones. La concreción jurídica de la salvaguarda del derecho al trabajo corresponde a los Estados, mediante la continuidad y el mantenimiento en el empleo, ambas

empresa no está facultada para instrumentalizar una causa de extinción, sino que ese riesgo que denuncia debe ser un aliciente que fomente la seguridad e higiene en el trabajo, no la extinción del contrato y pérdida del mismo, sino un cauce idóneo para afianzar el marco en el que se desarrolla el trabajo"; para, seguidamente, recordar que " [...] lo dispuesto por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales cuando tras establecer que el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva (artículo 22.4.3), impone a aquél la obligación de garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo (artículo 25.1)".

¹³⁴⁴ Así lo indican GOÑI SEÍN, J.L.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, op. cit., pág. 275 que señalan que: "éste (el empresario), antes de proceder a la extinción por la vía del artículo 52.a del TRLET debe agotar toda la diligencia posible, introduciendo las medidas de protección y prevención necesarias, y procurando a los trabajadores afectados de disminución funcional unas condiciones compatibles con su estado de salud para su continuidad en la prestación de servicios".

Para un estudio en profundidad sobre la adaptación del puesto de trabajo en el marco de la tutela preventiva, véase *Ibid.*, págs. 278-280 y MORENO SOLANA, A., "La extinción del contrato de los trabajadores declarados no aptos o aptos con limitaciones por el servicio médico de prevención", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 6, 2017, págs. 1-21 (versión electrónica).

¹³⁴⁵ Un examen en profundidad sobre esta cuestión puede hallarse en el apartado 3.3.2.A de esta obra.

previstas en el artículo 27.1 letra a) y letra e). Esta especificación es clave en el caso de la extinción del artículo 52.a del TRLET, y pone en evidencia su falta de adaptación a la CIDPD. En particular, la redacción actual del artículo 52.a del TRLET no procura la creación de un mercado de trabajo inclusivo y accesible a las personas con discapacidad, ya que permite la expulsión de este colectivo en aquellos supuestos en los que la discapacidad aparece durante la relación laboral. Esta circunstancia quebranta la igualdad de condiciones en el trabajo y el empleo pretendida en el artículo 27 de la CIDPD, pues genera una desventaja, que permite al empresario extinguir el contrato de trabajo por motivos de discapacidad, que exigiría integrar la obligación de realizar ajustes razonables como control previo a este tipo de extinciones. Así, la CIDPD integra los ajustes razonables como parte del derecho al trabajo de este colectivo, configurando así una protección *ex ante* en aquellos supuestos de extinción del contrato de trabajo por ineptitud del trabajador, siempre y cuando esta pueda considerarse una discapacidad, so pena de considerar la decisión empresarial discriminatoria.

Paralelamente, la Directiva 2000/78 también desempeña un papel importante en esta discusión. La configuración jurídica de los ajustes razonables se halla en el artículo 5 de la Directiva 2000/78¹³⁴⁶, y se caracterizan como medidas adecuadas para permitir el acceso al empleo o tomar parte en el mismo, entre otros. Así, el ámbito objetivo de la obligación definido por la Directiva parece no incluir referencias a la posibilidad de aplicar esta medida en el marco de extinciones y/o al mantenimiento del empleo *prima facie*. Este podría ser considerado un obstáculo a la exigencia de realizar ajustes razonables de forma previa a la extinción de un contrato de trabajo, pero existen dos argumentos que permiten salvar este obstáculo: a) la relación de complementariedad existente entre el artículo 3 y el artículo 5 de la Directiva 2000/78, y b) la caracterización expansiva de los ajustes razonables que ha plasmado la jurisprudencia del TJUE.

En primer lugar, el artículo 5 de la Directiva 2000/78 no incluye las extinciones como ámbito objetivo en el que pueden efectuarse ajustes razonables. Sin embargo, si examinamos el artículo 3 de la Directiva 2000/78, relativo al ámbito

¹³⁴⁶ Un examen sobre el origen y configuración actual del artículo 5 de la Directiva 2000/78 puede hallarse en el apartado 3.3 de este estudio.

de aplicación, podemos observar que incluye ámbitos sobre los que el artículo 5 de la Directiva 2000/78. Tales aspectos son cruciales para una correcta interpretación del artículo 5 de la Directiva 2000/78, y existe, como ya se apuntó en el capítulo I de este estudio, una relación de complementariedad entre ambos¹³⁴⁷, que exige examinar la realización de ajustes razonables como control previo a la extinción de los contratos de trabajo de personas con discapacidad.

A este primer argumento de base legal, debe sumársele un segundo razonamiento de carácter interpretativo, fundado en la interpretación expansiva de los ajustes razonables que ha plasmado el TJUE. En este sentido, la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222 dejó claro que la Directiva debe ser interpretada a la luz de la CIDPD¹³⁴⁸, y eso se traduce en una lectura protectora del derecho al trabajo de este colectivo, ya que este derecho pivota, desde la ratificación de este instrumento internacional, sobre los ajustes razonables como centro de gravedad. Además, la amplia visión de los ajustes razonables defendida en el marco de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, reafirma esta obligación como control previo a la extinción del contrato de trabajo, aún a pesar del contenido del considerando 17 de la Directiva 2000/78. En efecto, el considerando 17 de la Directiva 2000/78 impide el mantenimiento de una persona no competente o capacitada en un puesto de trabajo, pero la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222 y sus conclusiones abrazan la posibilidad de que los ajustes razonables se produzcan con el objetivo de mantener el empleo, pues, al igual que el considerando 20 de la Directiva 2000/78, los ámbitos definidos en el artículo 5 de la Directiva 2000/78 no pueden ser interpretados de forma restrictiva. El cumplimiento de la *voluntas legislatoris* europea exige una interpretación expansiva, a fin de garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, incluyendo ineludiblemente el mantenimiento del empleo como manifestación de la pretensión del ejercicio de una profesión. En mi opinión, una interpretación que no incluya el mantenimiento del empleo como finalidad de los ajustes razonables vacía parcialmente el

¹³⁴⁷ Esta cuestión fue tratada en el marco del apartado 3.3.2.A de esta obra.

¹³⁴⁸ Un estudio en profundidad de este pronunciamiento judicial puede hallarse en el apartado 3.5.3 de este estudio.

contenido de esta obligación, pues el propósito principal de la misma es la participación de las personas con discapacidad en la vida profesional, y ello incluye el mantenimiento en el puesto de trabajo, especialmente ante las dificultades de inserción que presenta este colectivo.

De esta manera, se contemplaría un régimen jurídico en el que la discapacidad se reconocería legalmente como una situación que puede dar lugar a la ineptitud, posibilidad esta que ya ha sido sostenida por la doctrina más autorizada pero que no ha sido normativamente recogida¹³⁴⁹. Asimismo, ello permitiría introducir la necesidad de cumplir con la obligación de realizar ajustes razonables antes de proceder a la extinción por la vía del artículo 52.a del TRLET, materializando así una interpretación restrictiva de este precepto de acuerdo con la *voluntas legislatoris* de la CIDPD. Ahora bien, la introducción de este deber empresarial exigiría, en el caso de la incapacidad permanente parcial que el trabajador cumpliera, además, los requisitos del artículo 4.1 de la LGDPCD¹³⁵⁰, ya que el reconocimiento de una Incapacidad Permanente en grado de Parcial no es asimilable a la discapacidad ex artículo 4.2 de la LGDPCD¹³⁵¹.

6.4. La extinción objetiva del contrato de trabajo debida a las faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes (artículo 52.d del TRLET)

La última modalidad extintiva sobre la que conviene detenerse es la extinción objetiva del contrato de trabajo debida a las faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, recogida en el artículo 52.d del TRLET. El legislador se encarga de precisar el *quantum* necesario para que la extinción sea

¹³⁴⁹ Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., págs. 455-463.

¹³⁵⁰ A saber, que el trabajador presente 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, definición esta que debe contextualizarse en el marco de la vida profesional, tal y como ya se indicó por la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 41.

¹³⁵¹ El artículo 4.2 de la LGDPCD sólo incluye como situaciones homologables a la discapacidad el reconocimiento de una situación de Incapacidad Permanente en grado de Total, Absoluta o Gran Invalidez.

ajustada a Derecho¹³⁵², y asimismo ha excluido la ausencia debida a ciertas situaciones a efectos del cómputo necesario para proceder a la extinción¹³⁵³.

En este punto, la norma ha intentado plasmar un cierto equilibrio entre los intereses de la empresa y la protección y seguridad de los trabajadores¹³⁵⁴, evitando que con dicha medida se produzcan situaciones injustas o efectos perversos, aunque se ha requerido la intervención judicial para modular su aplicación¹³⁵⁵. Buena muestra de ello es la especial sensibilidad que presta a situaciones cercanas a la discapacidad¹³⁵⁶, que incluso podrían asimilarse si se cumplen los requisitos del artículo 4.1 de la LGDPCD¹³⁵⁷. Ahora bien, la mención explícita a la discapacidad brilla por su ausencia, y ello fue objeto de discusión a

¹³⁵² Concretamente, el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

¹³⁵³ En particular, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud.

¹³⁵⁴ Este planteamiento era aún más intenso antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, pues a la actual exigencia consistente en que el número de faltas de asistencia del trabajador que va a ser despedido supere un determinado porcentaje, se le sumaba un segundo requisito que requería que el resto de la plantilla del centro de trabajo también superara una determinada barrera de absentismo en los mismos periodos de tiempo tenidos en cuenta para determinar las faltas de asistencia del trabajador. En este sentido, véase BAYLOS GRAU, A., "El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario", *Revista de Derecho Social*, vol. 57, 2012, pág. 13. Para un estudio en profundidad sobre la configuración del artículo 52.d del TRLET tras la reforma laboral de 2012, véase, y ARIAS DOMINGUEZ, A., *Absentismo laboral*, Civitas, Madrid, 2013.

¹³⁵⁵ El pronunciamiento judicial clave sobre esta cuestión fue la SJS núm. 33 de Barcelona núm. 339/2013, de 17 de septiembre de 2013, que declaró la nulidad de la extinción de una trabajadora derivadas de la ausencia por causa de la enfermedad crónica que sufría, atendiendo al carácter discriminatorio inherente ex Directiva 2000/78. Sin embargo, este pronunciamiento fue revocado por la STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2014 (Rec. 695/14), que entendió que el despido de la trabajadora se fundamentó que las bajas tomadas en consideración derivaron de diferentes causas, hecho este que impide la asimilación de la enfermedad a la discapacidad.

Para un estudio en profundidad de la SJS núm. 33 de Barcelona, véase MOLINA NAVARRETE, C., "La ilegitimidad constitucional del despido por absentismo laboral y el margen de reinterpretación adecuada desde el Derecho Comunitario (Comentario a la SJS núm. 33 de Barcelona, de 17 de septiembre de 2013, proceso núm. 679/2013)", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 370, 2014, págs. 189-192 y MORENO GENÉ, J., "Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 9-10, 2014, págs. 291-301.

¹³⁵⁶ Claros ejemplos son las ausencias debidas a un tratamiento médico de enfermedad grave, cáncer, accidente de trabajo, enfermedades causadas por embarazo y enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos.

¹³⁵⁷ Para ello sería necesario que el trabajador presentase 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, definición esta que debe contextualizarse en el marco de la vida profesional, tal y como ya se indicó por la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 41.

nivel judicial¹³⁵⁸, e incluso ha propiciado recientemente una cuestión prejudicial ante el TJUE¹³⁵⁹, dado el posible carácter discriminatorio del artículo 52.d del TRLET.

La posibilidad de que un trabajador con discapacidad pueda ser despedido al amparo del artículo 52.d del TRLET exige valorar la incidencia del cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables, tal y como ya se ha efectuado con otras modalidades extintivas. Y en este sentido, la primera circunstancia que debe indicarse es el absoluto silencio que guarda el artículo 52.d del TRLET respecto a esta obligación empresarial, hecho este que ya ha sido advertido por la doctrina¹³⁶⁰. Sorprende cuanto menos que el legislador no haya procedido a modificar la caracterización del artículo 52.d del TRLET, ya no sólo por la falta de inclusión del concepto de persona con discapacidad como consecuencia de la ratificación de la CIDPD, sino por la especial incidencia de la obligación de realizar ajustes razonables en estas situaciones. La posibilidad de extinguir el

¹³⁵⁸ Véase la ya citada la SJS núm. 33 de Barcelona núm. 339/2013, de 17 de septiembre de 2013 como primer precedente y la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 (Rec. 3689/15), en cuyo F.D. VI sostiene que: “*En nuestro ordenamiento jurídico laboral, el concepto del TJCE supondría que el artículo 52.d) ET no contiene una discriminación directa por motivos de discapacidad; sin embargo, puede implicar una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, toda vez que un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de despido que un trabajador sin discapacidad, ya que aquel está expuesto a la ventura adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad, corriendo así mayor peligro de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite legal de absentismo. En consecuencia, el precepto estatutario puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78 ; de ahí que se haga preciso examinar si esta diferencia de trato puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y si no exceden de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por el legislador*”. La decisión por la que optó el Tribunal fue la calificación de la extinción como nula por discriminatoria, teniendo en cuenta para ello la STS de 25 de noviembre de 2014 (Rec. 2344/2013), los artículos 6.1, 8 y 10 del Convenio núm. 158 de la OIT y la STC núm. 62/2008, de 26 de mayo.

Para un examen en profundidad sobre estos pronunciamientos judiciales, véase MORENO GENÉ, J., “La «enfermedad asimilada a discapacidad» como límite al despido del trabajador por sus ausencias de trabajo”, *op. cit.*, págs. 9-18.

¹³⁵⁹ Véase la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17, que considera que la caracterización del artículo 52.d del TRLET no incurre en discriminación directa, pues se aplica de manera idéntica a las personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad que hayan faltado al trabajo (apartado 37), y traslada el examen de la posible discriminación indirecta que puede ocasionar el artículo 52.d del TRLET al Juzgado que planteó la cuestión prejudicial (apartado 56). En este sentido, la SJS núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018 (Proc. 861/2015) se ha pronunciado sobre esta cuestión, entendiendo que el artículo 52.d del TRLET afecta especialmente a personas con discapacidad, y, en consecuencia, su configuración es discriminatoria de carácter indirecto en relación con este colectivo.

Para un examen en profundidad del contenido y repercusión de esta sentencia, véase GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La discriminación por discapacidad en la regulación de las extinciones por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas: ¿Una cuestión europea de determinación nacional? Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, vol. 206, 2018 y el apartado 3.5.7 de este estudio.

¹³⁶⁰ *Vid.* RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *op. cit.*, pág. 119-120.

contrato de trabajo sin exigir normativamente la adopción de las medidas adecuadas, que puede materializarse mediante distintas instituciones¹³⁶¹, es claramente contrario al paradigma que reivindica la CIDPD, que apuesta por la integración laboral y el mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad ex artículo 27.1.a y 27.1.e de la CIDPD¹³⁶².

Tal hecho pone de manifiesto la más que cuestionable correcta adaptación de la CIDPD a nuestro ordenamiento jurídico, y exigiría una remodelación del planteamiento del artículo 52.d del TRLET en dos direcciones: la introducción del concepto de persona con discapacidad y la necesidad de haber intentado el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables, so pena de considerar la decisión empresarial nula¹³⁶³. La primera de ellas ya debió introducirse en el momento en el que el TJUE reconoció la posibilidad de que la enfermedad pueda asimilarse a la discapacidad¹³⁶⁴, y es especialmente relevante tras la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

Este pronunciamiento, que afectó plenamente a España, es especialmente relevante porque ha reconocido la posibilidad de que un trabajador en situación de Incapacidad Temporal pueda ser asimilado al concepto de persona con discapacidad¹³⁶⁵, y el artículo 52.d del TRLET contempla, entre las situaciones

¹³⁶¹ Vid. GOÑI SEÍN, J.L.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, *op. cit.*, págs. 172-176, que analizan la reubicación del trabajador, la suspensión del contrato y reserva de puesto de trabajo, la aplicabilidad de la regulación genérica sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

De forma más concreta en relación con el artículo 52.d del TRLET, véase RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., "La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad", *op. cit.*, pág. 119-120, que analiza si sería posible adoptar como medida de ajuste la suspensión del contrato de trabajo o permisos especial de duración inferior a 20 días para evitar que el trabajador acuda a la situación de Incapacidad temporal, y, por lo tanto, la hipotética extinción del contrato de trabajo por causas objetivas por faltas de asistencia aún justificadas inferior a veinte días consecutivos.

¹³⁶² Para un examen del contenido de estos preceptos, véase el apartado 6.3 de este estudio.

¹³⁶³ La nulidad vendría justificada por el artículo 63 de la LGDPCD, que reconoce explícitamente el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables como una conducta que vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

Un estudio sobre la nulidad derivada del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables, véase el apartado 5.2.3.c de este estudio.

¹³⁶⁴ Este cambio se produjo a raíz de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, que revocó la doctrina contenida en la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456. Sobre esta cuestión, véase MORENO GENÉ, J., "La «enfermedad asimilada a discapacidad» como límite al despido del trabajador por sus ausencias de trabajo", *op. cit.*, págs. 5-8.

Para un examen en profundidad sobre la evolución de la doctrina del TJUE en materia de tratamiento de la discapacidad, véase el apartado 3.5 de este estudio.

¹³⁶⁵ Técnicamente, el Tribunal señala que la circunstancia de que el trabajador se halle en situación de Incapacidad Temporal no es óbice para que se asimile como persona con discapacidad. Para ello, será necesario acreditar que la limitación que produce la dolencia que da lugar al reconocimiento de la situación de Incapacidad Temporal sea de larga duración, circunstancia que se podrá considerar, ex apartado 59,

que permiten la extinción, el cómputo de las ausencias debidas a la situación de Incapacidad Temporal inferior a veinte días consecutivos. Y en este sentido, una actualización del artículo 52.d del TRLET que sea coherente con la CIDPD debería omitir la consideración de las ausencias inferiores a veinte días de aquellos trabajadores con discapacidad o enfermos que puedan ser considerados personas con discapacidad de acuerdo lo previsto en el artículo 4.1 de la LGDPCD.

Sin embargo, la dificultad que entraña acreditar la existencia de una enfermedad asimilada a la discapacidad, sobre todo si tenemos en cuenta el requisito “larga duración” requerido a la limitación, exigiría integrar la obligación de realizar ajustes razonables como requisito previo a la extinción por la vía del artículo 52.d del TRLET. Concretamente, sería conveniente que el legislador incorporase el cumplimiento del mencionado deber empresarial, o en su defecto la acreditación de carga excesiva, como condición *sine qua non* en aquellos supuestos en los que el trabajador pueda ser considerado persona con discapacidad al amparo del artículo 4 de la LGDPCD. De esta manera, la extinción del contrato de trabajo por la vía del artículo 52.d del TRLET no generaría un impacto especialmente negativo en aquellos trabajadores con discapacidad o cuya enfermedad pudiera ser asimilada a aquella, eliminado así la posible connotación discriminatoria indirecta que presenta actualmente¹³⁶⁶.

mediante el examen de la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, en la que la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

Un examen en profundidad de esta sentencia puede hallarse en el apartado 3.5.6 de este estudio.

¹³⁶⁶ Véase, en este sentido, la SJS núm. 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018 (Proc. 861/2015).

CONCLUSIONES

La discapacidad es un fenómeno que ha ido adquiriendo una importancia cada vez mayor en el plano jurídico, en aras de asegurar el disfrute efectivo de los derechos de las personas con discapacidad en todos los ámbitos sociales relevantes. Esta evolución se ha materializado gracias a la transición entre los distintos modelos de tratamiento, cuyo mayor protagonismo ha recaído en el paradigma médico o rehabilitador y social.

En efecto, el modelo de tratamiento médico centra su atención en la limitación de la persona en relación con el resultado o el proceso de actividades desarrolladas por otras personas sin discapacidad, y aboga por la inserción del individuo mediante intervenciones y actuaciones médicas que supongan la curación o erradicación de la discapacidad. El modelo social de tratamiento de la discapacidad apuesta precisamente por un enfoque totalmente contrario al paradigma médico, pues rechaza la existencia de limitaciones individuales y sitúa las raíces del problema en la sociedad, concebida como ente limitante incapaz de dar respuesta a las necesidades exigidas por la diversidad humana. De esta manera, el modelo social de tratamiento caracteriza la discapacidad como un fenómeno situacional, resultante de la interacción entre una patología y un entorno social no adaptado, y propone como solución el fomento de la autonomía y la independencia de este colectivo, abandonando la idea de normalidad y adoptando la accesibilidad y el diseño universal como características principales para lograr la igualdad de oportunidades.

La migración entre modelos de tratamiento de la discapacidad no ha sido una cuestión de carácter teórico. A lo largo de este estudio se ha mostrado cómo los organismos internacionales (OMS, ONU y OIT) y los legisladores nacionales (Estados Unidos de América, Canadá, Reino Unido, Francia y España) han optado por trasladar a un plano jurídico las distintas caracterizaciones que ha experimentado el término “discapacidad”. Así, el tratamiento de las personas con discapacidad se ha aproximado cada vez más a un planteamiento inclusivo, focalizando su atención en la eliminación de los obstáculos sociales que impiden

el pleno ejercicio de sus derechos y reivindicando a las personas con discapacidad como sujetos de pleno derecho. La clave de bóveda de dicha propensión se basa en una perspectiva llevada a cabo bajo el prisma de los derechos humanos, que parte de la dignidad, la autonomía, la igualdad y la solidaridad como valores básicos, y es fruto de la aprobación de la CIDPD y la Directiva 2000/78, que han asumido la tarea de abandonar el paradigma médico o de rehabilitación y la progresiva implementación del modelo social de tratamiento de la discapacidad.

Así, ante este escenario de transición entre modelos teóricos del tratamiento de la discapacidad y su plasmación jurídica, surgió la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad, que es el objeto central de estudio de esta obra. Esta medida antidiscriminatoria, que tiene como finalidad materializar el principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad, se conceptualiza como la obligación empresarial de adoptar las medidas adecuadas a cada situación en particular, con la finalidad de permitir el acceso al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Su incorporación se produjo inicialmente en el ámbito europeo, concretamente en el artículo 5 de la Directiva 2000/78, y se extendió al plano internacional mediante la CIDPD, que incorporó la realización de ajustes razonables como principal medida para promover la igualdad y eliminar la discriminación (artículo 5.3 de la CIDPD)

Sobre esta premisa, y a partir del análisis de la evolución del tratamiento jurídico de la discapacidad y la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad desde un plano internacional, europeo, comparado y nacional, se presentan las siguientes conclusiones:

1. La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad actúa como garantía común internacional para la transición efectiva hacia el modelo social de tratamiento de la discapacidad.

La obligación de realizar ajustes razonables se diseña, en el marco de la CIDPD, como un instrumento universal sobre el que pivota el ejercicio de todos los derechos de las personas con discapacidad. La integración jurídica de este mecanismo de igualdad de oportunidades de naturaleza eminentemente antidiscriminatoria se postula como una garantía clave durante la transición social hacia una plena accesibilidad, compartida por todos los Estados integrantes de la ONU. Nos encontramos, pues, ante una voluntad normativa que apunta a la accesibilidad universal como política de actuación para lograr la inclusión plena de las personas con discapacidad, y en este punto, los ajustes razonables desempeñan un rol determinante, pues constituyen la materialización de esta tendencia.

2. La obligación de realizar ajustes razonables es una medida antidiscriminatoria de alcance global, que ha asumido una especial importancia en el ámbito del empleo y la ocupación a nivel europeo.

La CIDPD contempla el deber empresarial objeto de estudio como un mecanismo de alcance global, extendiendo su ámbito de actuación a aspectos muy distintos entre sí, como por ejemplo la libertad y seguridad de la persona (artículo 14 de la CIDPD) o la educación (artículo 24 de la CIDPD). No obstante, donde ha adquirido una mayor importancia ha sido en el ámbito del empleo y la ocupación (artículo 27 de la CIDPD), como consecuencia de su plasmación en el artículo 5 de la Directiva 2000/78. Su concepción en el marco de una directiva europea supuso una auténtica revolución en la lucha por la igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de discapacidad, ya que obligó a los Estados miembros a transponer el deber empresarial objeto de estudio. Así, se instituyó una protección uniforme, que no armonizada, en el ámbito del empleo y la ocupación de las personas con discapacidad a nivel europeo.

3. La Asamblea General de la ONU ha sido el único organismo internacional que ha mostrado una especial preocupación por configurar la obligación de realizar ajustes razonables en el ámbito del empleo y la ocupación.

La Asamblea General de la ONU es, con diferencia, el ente que ha asumido una mayor iniciativa en el establecimiento de la adaptación como medida principal para fomentar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. La Resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959, dictada por la Asamblea General, por la que se aprueba la Declaración de los Derechos del niño, estableció por primera vez la obligación de acomodar el proceso de formación y cuidado de los niños con discapacidad en función de su situación, y desde aquel momento, las referencias a la mejora de las posibilidades de este colectivo han sido una constante. En este sentido, la Resolución 2856 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971, por la que se aprueba la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental y la Resolución 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975, por la que se aprueba la Declaración de los derechos de los impedidos; la Resolución 37/52, de 3 de diciembre de 1982, en la que se aprobó el Programa de Acción Mundial para los Impedidos, las Normas Uniformes o la CIDPD son claras muestras de la firme voluntad internacional de mejorar las condiciones de vida de este colectivo. Especialmente destacables han sido las Normas Uniformes y la CIDPD, destacando de forma relevante este último instrumento internacional, que ha significado la implementación del paradigma social de tratamiento de la discapacidad y la apuesta por la obligación de realizar ajustes razonables como la medida principal de integración, a todos los niveles, de este colectivo.

4. La OMS y la OIT han desempeñado un papel secundario en la inclusión de las personas con discapacidad, detectándose una falta de coordinación internacional a nivel institucional.

La OMS ha tenido un papel predominante en el tratamiento de la discapacidad, pero limitado a un punto de vista científico. Claros exponentes de esta tendencia son la CIDDM y la CIF, que introdujeron métodos para valorar la existencia de una discapacidad basadas en el modelo médico de tratamiento de la discapacidad. Si bien es cierto que la CIF significó un acercamiento más inclusivo al fenómeno de la discapacidad, pues abandonó el concepto de minusvalía y no pretende clasificar personas sino describir su situación, entre otras particularidades, aún mantiene elementos muy cercanos al modelo médico. Así, por ejemplo, los factores ambientales constatados en la CIF, que pretenden reflejar el impacto de

las limitaciones sociales en el desempeño de actividades cotidianas, no han sido actualizados desde su concepción en el año 2004. De esta manera, la OMS ha asumido una perspectiva médica, abogando por mantener un sistema basado en conceptos y enunciados científicos.

La OIT, a diferencia de la Asamblea General de la ONU, ha tenido un impacto más reducido sobre el empleo de las personas con discapacidad. Clara muestra de ello es la inclusión de algunos preceptos en el marco de diversos Convenios y Recomendaciones, sin dedicar una especial consideración a propósito de la no discriminación por razón de discapacidad desde la óptica de la no discriminación. Es cierto que el Convenio núm. 161 de la OIT sobre los servicios de salud en el trabajo, de 26 de junio de 1985 abordó la adaptación del puesto de trabajo desde una perspectiva preventiva, pero, en términos generales, omite cualquier referencia a la obligación de realizar ajustes razonables, y ello se traduce en el desempeño de un papel prácticamente anecdótico en la inclusión laboral de las personas con discapacidad. A título de ejemplo, la Recomendación núm. 99 de la OIT relativa a la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, de 22 de junio de 1955; el Convenio núm. 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo, de 20 de junio de 1983; Recomendación núm. 150 de la OIT sobre desarrollo de los recursos humanos, de 23 de junio 1975 y la Recomendación núm. 168 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), de 20 de junio de 1983 son instrumentos que reflejan la preocupación internacional por la recolocación y adaptación de las personas con discapacidad, con una clara voluntad de modificar el paradigma de tratamiento de la discapacidad, pero ninguno de ellos ha establecido cambios significativos.

5. La Directiva 2000/78 introdujo la tutela antidiscriminatoria para lograr la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el empleo, mediante la obligación de realizar ajustes razonables, como consecuencia de la influencia del derecho anglosajón.

La Directiva 2000/78 supuso una auténtica revolución jurídica en el escenario europeo que simboliza la voluntad de los Estados miembros de impulsar a nivel europeo una política armonizada de lucha contra la discriminación. Sin embargo,

el mayor logro de la Directiva 2000/78 es la inclusión por primera vez de la discapacidad como causa de discriminación, circunstancia que exige la implementación nacional del modelo social de tratamiento de la discapacidad a nivel europeo.

El deber empresarial objeto de estudio apareció por primera vez en el escenario europeo con la aprobación del artículo 5 de la Directiva 2000/78, como consecuencia de la incorporación de la discapacidad como causa de no discriminación en el empleo y la ocupación. Su diseño como una solución individual que pretende eliminar las barreras que impiden una participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en el empleo y la ocupación, obedece a la plasmación de un enfoque que combina las virtudes del modelo de derechos civiles estadounidense y el modelo clásico europeo de protección social. La asunción de un modelo mixto es un hecho que pretende reivindicar un cambio en la política europea de lucha contra la discriminación, a fin de lograr una efectiva implantación del principio de igualdad de trato.

La obligación de realizar ajustes razonables constituye un mecanismo obligatorio incardinado dentro de la tutela antidiscriminatoria, circunstancia esta que excluye su consideración como medida de acción positiva, y que no tiene precedentes en el Derecho de la Unión Europea. De hecho, se trata de una medida importada de países de tradición jurídica anglosajona, siendo el referente más claro Estados Unidos de América, que implementa una novedad significativa a nivel europeo: la eliminación de la discriminación mediante un enfoque que presta atención a la prevención y la eliminación de obstáculos, abandonando un planteamiento que se basaba hasta el momento en la seguridad y salud en el trabajo. Y en este sentido, la influencia del Common Law se ha trasladado a otros aspectos de la Directiva que se hallan íntimamente relacionados con la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad, como, por ejemplo, la ausencia de un concepto de persona con discapacidad uniforme o del término “razonabilidad”, entre otros, dejando así un claro espacio al TJUE para que construya conceptos esenciales de la obligación.

6. La configuración europea de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad se diseña como un deber empresarial autónomo.

La protección del trabajador con discapacidad puede ser incardinada en diversas tutelas, a saber, la tutela preventiva (Directiva 89/391) y la tutela antidiscriminatoria (Directiva 2000/78). Ambas esferas de protección exigen la obligación de adaptar el puesto de trabajo, pero su fundamento es distinto, diseñando así una protección multinivel complementaria. De hecho, las diferencias entre una tutela y la otra se extienden incluso a su caracterización, siendo la más notable a los efectos de esta discusión la no consideración, por parte del principio de adaptación del puesto de trabajo previsto en la Directiva 89/391, del coste económico a fin de realizar la actuación preventiva.

Esta separación normativa demuestra el carácter autónomo de la obligación de realizar ajustes razonables, y que la voluntad del legislador fue la de diferenciar dos parcelas totalmente distintas, una centrada en la implantación del principio de igualdad de trato en el empleo y la otra focalizada en la seguridad en el trabajo. Así, nos encontramos ante dos mandatos que operan en esferas de protección distintas y con caracterizaciones muy diversas, pero cuya retroalimentación es innegable, conformando un marco jurídico de protección multinivel en el ámbito de las relaciones laborales. Y a efectos de aplicación de la obligación de realizar ajustes razonables, esta relación de independencia nos lleva a concluir que aquellas actuaciones efectuadas en el marco de la protección a la salud y el trabajo no pueden considerarse en la valoración de la existencia de la carga excesiva, dado que obedecen a finalidades distintas.

7. El ámbito objetivo de protección de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo de personas con discapacidad va más allá de los aspectos previstos en el artículo 5 de la Directiva 2000/78.

El ámbito de aplicación del deber empresarial de adaptación del puesto de trabajo ex artículo 5 de la Directiva 2000/78 no se agota en las situaciones que contempla dicho precepto, ya que debe valorarse el ámbito de aplicación de la norma en la

que se incardina, que se halla definido en el artículo 3 de la Directiva 2000/78. Es cierto que *a priori*, podría parecería que este último precepto no desempeñaría un papel especialmente importante, dado que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 destaca por precisar las situaciones en las que puede aplicarse la mencionada norma europea. Ahora bien, el artículo 3 se encarga de definir el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, y, de hecho, va más allá que el propio artículo 5 al prever, por ejemplo, referencias al sector público y privado, la actividad por cuenta propia y ejercicio profesional, criterios de selección y condiciones de contratación, entre otros.

En consecuencia, el ámbito objetivo de la obligación de realizar ajustes razonables no puede interpretarse únicamente al amparo del artículo 5 de la Directiva 2000/78, pues el artículo 3 de la Directiva 2000/78 extiende sus efectos a otros aspectos que afectan sensiblemente a la eficacia del artículo 5 de la Directiva 2000/78, como, por ejemplo, las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración (artículo 3.1.c de la Directiva 2000/78). Existe, pues, una relación de complementariedad entre ambos preceptos que expande los efectos del principio de igualdad de trato, y permite afirmar que el ámbito de aplicación de la obligación objeto de estudio no se agota en el artículo 5 de la Directiva 2000/78, sino que es aplicable a las situaciones previstas en el artículo 3 de la Directiva 2000/78.

8. La expansión del ámbito objetivo de la obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo para personas con discapacidad a nivel europeo supone su consideración como medida protectora del mantenimiento del empleo, constituyendo un control *ex ante* en las extinciones del contrato de trabajo de este colectivo.

La ampliación del ámbito objetivo en el que opera el artículo 5 de la Directiva 2000/78, sumada a la necesidad de interpretar la Directiva 2000/78 en la medida de lo posible de conformidad con la CIDPD, como consecuencia del principio de primacía de los acuerdos internacionales plasmado en el apartado 32 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, permite afirmar la importancia de la obligación de realizar ajustes

razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad como medida protectora del mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad. En este sentido, el artículo 27 de la CIDPD es el punto de referencia para sostener las connotaciones protectoras del empleo derivadas del deber empresarial objeto de estudio. Dicho precepto promueve, protege y asegura el derecho a trabajar en igualdad de condiciones, incluyendo la continuidad y el mantenimiento en el empleo, ex artículo 27.1.a y 27.1.e de la CIDPD.

Esta especificación, sumada al papel central otorgado por la CIDPD a los ajustes razonables, permite sostener la utilización de los ajustes razonables como mecanismo de mantenimiento del empleo, ya no sólo por la existencia de barreras que dificultan enormemente el reingreso al mundo del trabajo de las personas con discapacidad, sino porque esta obligación garantiza el disfrute del derecho al trabajo en igualdad de condiciones. Así, el deber empresarial objeto de estudio se constituye un control *ex ante* en las extinciones del contrato de trabajo de las personas con discapacidad.

9. La falta de desarrollo normativo en sede europea de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad, como consecuencia de su origen anglosajón, dificulta una aplicación efectiva del deber empresarial.

La traslación de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad mediante los estándares habituales normativos del sistema de Derecho Civil imperante en Europa ha dificultado enormemente su aplicación efectiva. El legislador europeo ha mantenido el espíritu anglosajón de la institución objeto de estudio, y ello es apreciable en la ausencia de definición de una serie de factores claves para la aplicación de la obligación de realizar ajustes razonables. Así, por ejemplo, la ausencia de una definición del concepto de persona con discapacidad, la omisión del significado de los términos “razonable” o “carga excesiva” son claros ejemplos de esta circunstancia.

En ordenamientos jurídicos basados en el “Common Law”, en los que los pronunciamientos judiciales construyen el Derecho, la ausencia de definiciones normativas puede ser vista como una opción que no crea inseguridad jurídica, pues los operadores tienen la oportunidad de desarrollar el significado de este tipo de conceptos. Ello puede apreciarse en países como Estados Unidos, Canadá, o incluso Reino Unido, en los que la doctrina judicial y jurisprudencial se ha encargado de conceptualizar y diseñar una configuración de la obligación objeto de estudio especialmente protectora.

Sin embargo, la falta de definición de conceptos clave para la aplicación del deber empresarial objeto de estudio han generado disonancias en el seno de la Unión Europea, que se traducen en problemas de armonización entre los Estados miembro. En consecuencia, nos encontramos ante una institución de origen anglosajón que no ha sido adaptada a los cánones de funcionamiento de los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea, en los que la normativización asume una importancia crucial para el efectivo despliegue de las instituciones.

10. La configuración europea de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo perpetúa la estigmatización de las personas con discapacidad, ya que se diseña como un deber empresarial que exige la adaptación de puestos de trabajo ya creados.

La obligación de adaptar el puesto de trabajo es, sin lugar a dudas, la respuesta con mayor éxito a la pregunta sobre cómo lograr la igualdad de oportunidades en sociedades con una extrema diversidad, pero la configuración que ofrece el artículo 5 de la Directiva 2000/78 consolida una distinción entre la normalidad y la diferencia que no contribuye a eliminar la estigmatización que han sufrido las personas con discapacidad. El diseño de este deber empresarial como transformación de los puestos de trabajo ya existentes, esto es, como una modificación *ex post*, supone la ausencia de una característica clave para evitar la estigmatización de las personas con discapacidad: la accesibilidad. El artículo 5 de la Directiva 2000/78 no opta por exigir la creación de puestos de trabajo universales, sino por la transformación de los ya existentes. Y es precisamente en la adaptación donde se produce la perpetuación de la estigmatización, dado que

se distingue a aquellos trabajadores que prestan servicios en un puesto de trabajo adaptado, y exige a estos trabajadores probar su condición de persona con discapacidad. En este punto, sería interesante que la obligación objeto de estudio también incluyera la exigencia de crear puestos de trabajo accesibles, que podría adoptar una estructura similar a la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

11. Tras la ratificación de la CIDPD por la UE, el TJUE ha efectuado un importantísimo papel en la implementación jurídica del modelo social de tratamiento de la discapacidad, que ha derivado en la interpretación expansiva de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad.

El TJUE se ha instituido como un ente clave en el despliegue del modelo social de tratamiento de la discapacidad, especialmente tras la ratificación de la CIDPD por la UE. Si bien es cierto que en un momento inicial la atención prestada por el TJUE a este colectivo fue prácticamente inexistente, debido a la ausencia de normas que ofrecían protección respecto a la discapacidad, y de la falta de un referente internacional que guiase su interpretación, esta tendencia rápidamente se invirtió tras la transposición de la Directiva 2000/78.

La ratificación de la CIDPD por parte de la Unión Europea significó un cambio de enfoque para el TJUE. El exponente más claro lo hallamos en la primera sentencia que se dictó tras la ratificación de la CIDPD, que fue la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C 335/11 y C 337/11, EU:C:2013:222. Este pronunciamiento, que fue pionero al asimilar la enfermedad a la discapacidad a efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78, simbolizó un cambio de tendencia, ya no sólo jurisprudencial en relación con la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, sino respecto a la interpretación del concepto de persona con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad.

Desde ese momento, el TJUE aboga por expandir el concepto de persona con discapacidad, al amparo de la definición de persona con discapacidad que ofrece

el artículo 1 de la CIDPD, incluyendo por ejemplo la obesidad (STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463), si bien también ha excluido otras situaciones más discutibles, como por ejemplo, el de una trabajadora que no puede gestar hijos (STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12, EU:C:2014:159). De forma más actual, también se han abordado temáticas estrechamente vinculadas al concepto de persona con discapacidad, tales como el requisito de larga duración exigido para la existencia de una discapacidad (STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917) o la posible discriminación indirecta por la especial incidencia a trabajadores con discapacidad en el marco de la extinción del contrato de trabajo debida a ausencias, aún justificadas, del puesto de trabajo (STJUE de 18 de enero de 2018, Ruíz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17).

Esta expansión simboliza el tránsito del modelo médico al paradigma social de tratamiento de la discapacidad, y afecta notablemente a la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo de personas con discapacidad pues aumenta notablemente las situaciones en las que puede ser exigida. De esta manera, el TJUE ha asumido la responsabilidad de la implementación judicial del modelo social de tratamiento de la discapacidad, y actúa de facto como órgano que guía la interpretación de esta transición.

12. Desde un punto de vista comparado, se detecta que los países de tradición anglosajona han ideado una protección más intensa de la discapacidad y una configuración más completa de la obligación objeto de estudio.

El tratamiento de la discapacidad y el diseño de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo han sido muy distintos entre los países de tradición anglosajona y los países de tradición continental. El papel dinámico de la jurisprudencia encaja perfectamente con una caracterización de los distintos elementos que integran la obligación objeto de estudio, ya que permite construir una casuística que ofrezca seguridad jurídica a los operadores. A título de ejemplo, Estados Unidos de América, Canadá y Reino Unido son países que ostentan una caracterización de la obligación basada esencialmente en

pronunciamientos judiciales. Países como Francia, y en mayor medida, España, disponen de una configuración de la obligación más normativizada, pero no alcanzan el grado de protección que ofrecen los países de tradición anglosajona. El factor histórico desempeña un papel relevante en esta discusión, pues Estados Unidos y Canadá, y en menor medida, Reino Unido, fueron países pioneros en regular esta obligación, y ello ha propiciado que dispongan de una amplia casuística que ha facilitado una caracterización vanguardista de la obligación.

13. El concepto español de persona con discapacidad ha evolucionado históricamente desde el paradigma médico hasta el actual modelo social, y actualmente, integra un modelo mixto al amparo de los artículos 4.1 y 4.2 de la LGDPCD.

La evolución del concepto de persona con discapacidad ha pasado por distintos estadios, siguiendo un transcurso similar al acontecido en el ámbito internacional y europeo. La primera norma que lo constató en el ámbito laboral fue el Decreto 2531/1970, cuyo artículo 1.1 diseñó un concepto que sitúa la posibilidad de desempeñar un trabajo como centro sobre el que pivota la calificación, lo que fue catalogado en su momento como una novedad de cierta entidad. La constitucionalización del empleo de las personas con discapacidad ex artículo 49 de la C.E. trajo consigo un impulso de los poderes públicos por lograr la integración de este colectivo, que desembocó en la aprobación de la LISMI.

La LISMI nació con la pretensión de desarrollar normativamente el artículo 49 de la C.E., y pretendió ser un texto legal que facilitase una integración plena y efectiva de este colectivo. Bajo este planteamiento, la LISMI parece asumir un enfoque muy próximo al modelo social de tratamiento de la discapacidad, ya que introduce la afectación a las posibilidades de integración educativa, laboral o social como elemento central, evitando así referencias excesivamente restrictivas, o a deficiencias congénitas o sobrevenidas. No obstante, la definición de discapacidad que ofrece es excesivamente paternalista ya que pecó de ser extremadamente amplia, y dificultó la identificación de las personas con discapacidad. Tras la LISMI, de innegable vocación general sobre los aspectos sociales del tratamiento de la discapacidad, la normativa española se ha

caracterizado por una regulación transversal. Las normas que se aprobaron desde la LISMI hasta la siguiente norma de referencia, que sería la LIONDAU, se caracterizaron por su encaje parcelado en ámbitos muy específicos.

La LIONDAU, junto a la transposición de la Directiva 2000/78 efectuada mediante la Ley 62/2003, actuaron a modo de antesala a la CIDPD, e iniciaron el tránsito hacia la implementación normativa del paradigma social de tratamiento de la discapacidad. Este cambio en la perspectiva del tratamiento de la discapacidad ha sido reconocido jurídicamente como la transición del principio de igualdad por razón de discapacidad a un derecho a la no discriminación por razón de discapacidad, mediante la instrumentación de dos líneas de actuación que marcaron las pautas de tratamiento legal de la discapacidad en el futuro: la lucha contra la discriminación en aras de lograr la igualdad de trato y de oportunidades; y la accesibilidad universal. Sin embargo, el concepto de persona con discapacidad de esta norma no fue ciertamente innovador, ya que la definición no era especialmente inclusiva al no reconocer el impacto que las barreras sociales podían tener en la construcción legal del concepto de discapacidad. Esta circunstancia supuso una incoherencia jurídica interna en la LIONDAU ya que, a diferencia de otras partes del texto normativo, en este punto no se aprecia ninguna influencia del modelo social de tratamiento de la discapacidad.

El siguiente hito normativo importante fue la Ley 26/2011, que se encargó de adaptar el ordenamiento jurídico español a la CIDPD. No obstante, la prematura tendencia que mostró el legislador a lo largo de los años previos en la regulación del marco jurídico del tratamiento de las personas con discapacidad se tradujo en un impacto muy reducido de la CIDPD, fundamentalmente debido al carácter vanguardista de la LIONDAU. Ahora bien, la Ley 26/2011 amplió el concepto de persona con discapacidad, plasmado en el artículo 1.2 de la LIONDAU, incorporando la afectación de elementos contextuales a la conceptualización de este colectivo, manteniendo paralelamente las situaciones clásicas de discapacidad del modelo médico.

De esta manera, la Ley 26/2011 materializó la transición hacia un modelo mixto de persona con discapacidad, que sigue prácticamente intacto en la LGDPCD,

que ha sido la última norma de referencia en materia de tratamiento de personas con discapacidad. Esta forma de definir el concepto de persona con discapacidad encaja la caracterización histórica de este concepto dentro del ámbito de la nueva definición de persona con discapacidad, sin que se produzca, desafortunadamente, una ruptura más contundente con el modelo médico, que era perfectamente posible, pero de ejecución sumamente compleja, pues exigía replantear el sistema de reconocimiento de la discapacidad. Ahora bien, se detecta una mayor aproximación al concepto social de la LIONDAU. Su prevalencia respecto al modelo médico se deduce de la distinción que realiza el legislador en el marco del artículo 4 de la LGDPCD, que sitúa en primer lugar el concepto de persona con discapacidad más cercano al modelo social, y desplaza a un segundo lugar la definición basada en el paradigma médico.

14. La configuración española de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad se caracteriza por ser un deber empresarial multinivel de carácter permanente, dinámico y de tracto sucesivo.

La obligación de adaptar el puesto de trabajo prevista en el artículo 40.2 de la LGDPCD destaca por ofrecer diversos aspectos de protección durante la relación laboral, e incluso de forma previa a esta. Nos encontramos ante un deber empresarial que puede ser ejecutado, para acceder al empleo, desempeñar el trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, delimitación que incluye prácticamente la totalidad de las vicisitudes de la relación laboral. De hecho, este enfoque múltiple actúa de forma simultánea, de tal forma que permite solicitar distintos ajustes destinados a los ámbitos referidos anteriormente. Asimismo, esta protección multinivel permite afirmar su naturaleza permanente y dinámica, que permitirá exigir su cumplimiento en cualquier momento de la relación laboral, o incluso en un estado previo a esta.

Otra característica de este mecanismo es su naturaleza como obligación de tracto sucesivo. A primera vista, el artículo 40.2 de la LGDPCD contempla el término “adoptar”, lo que podría apoyar una interpretación de la norma que no apuesta por mantener el deber de realizar ajustes razonables a lo largo de la relación laboral.

Sin embargo, la interpretación del precepto debe efectuarse a la luz de la voluntad de la CIDPD y de la Directiva 2000/78, y estas otorgan un papel importante a las medidas de adaptación como medida para mantener el empleo y combatir la discriminación por motivos de discapacidad. Dicha voluntad exige interpretar el artículo 40.2 de la LGDPCD en términos de mantenimiento del empleo, y, en consecuencia, con la finalidad de sostener el cumplimiento de esta obligación durante el tiempo en el que se extienda la prestación laboral.

Así pues, este deber podrá ser exigido a lo largo de toda la relación laboral, e incluso previamente con el fin de acceder al empleo, sin que su cumplimiento suponga la extinción de la obligación. De hecho, esta característica permite la revisión o modificación de las medidas adoptadas ex artículo 40.2 de la LGDPCD durante el desarrollo de la relación laboral. Aun así, sería muy conveniente que el legislador modificase la actual redacción del artículo 40.2 de la LGDPCD en consonancia con la finalidad de la norma, introduciendo, junto al término “adoptar”, la expresión “[...] y mantener”, en relación con la previsión de las medidas adecuadas, en los mismos términos previstos en el artículo 40.1 de la LGDPCD.

15. El sujeto obligado al cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables será el empresario, que deberá tener conocimiento de la discapacidad del trabajador en el momento de la solicitud de realización del ajuste, dada la naturaleza reactiva del deber empresarial objeto de estudio.

Desde un punto de vista subjetivo, el cumplimiento de la obligación objeto de estudio corresponde a los empleadores. La LGDPCD no establece ningún requisito que el empresario deba cumplir, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como por ejemplo Estados Unidos de América, lo que es sumamente positivo porque permite una aplicación homogénea de la obligación.

Sin embargo, el conocimiento de la discapacidad del trabajador es una cuestión problemática no resuelta a nivel europeo, comparado ni español. La naturaleza sensible de la información médica del trabajador veda la solicitud de información empresarial, circunstancia esta que otorga una naturaleza reactiva a la obligación

objeto de estudio. En efecto, deberá ser el propio trabajador el que comunique la necesidad de proceder a la adaptación del puesto de trabajo, como manifestación de buena fe que se deriva del artículo 5.a del TRLET, y su omisión justificaría el no cumplimiento empresarial de la obligación de realizar ajustes razonables, que podría extenderse hasta que, en un plazo prudencial, se demostrase que la situación del trabajador es asimilable al concepto de persona con discapacidad. No obstante, la discapacidad es una circunstancia que en algunas situaciones puede ser fácilmente detectable, y en tales circunstancias, el empresario estará obligado a adoptar las medidas que permitan al trabajador continuar la prestación de servicios, sin que se requiera una comunicación expresa por parte del trabajador.

Dadas las dificultades que supone la falta de regulación a propósito del conocimiento de la discapacidad en el marco de esta obligación, sería conveniente introducir un procedimiento administrativo o judicial que permitiera determinar si nos encontramos ante un trabajador con discapacidad al amparo del artículo 4.1 de la LGDPCD, a los únicos efectos del cumplimiento de la obligación objeto de estudio. Teniendo en cuenta las manifestaciones de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, sería preferible que este examen lo efectuase el órgano judicial territorialmente competente, pues ello facilitaría la resolución de una hipotética impugnación de una decisión empresarial extintiva, y a su vez, otorgaría las garantías necesarias en materia de privacidad respecto al tratamiento de la información médica del trabajador. Para ello, el examen judicial debería valorar las funciones del puesto de trabajo desempeñadas por el trabajador hasta el momento, la existencia de deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, su interacción en el ámbito profesional entendida como el desarrollo de las funciones esenciales del trabajo a fin de detectar las limitaciones que producen en el desempeño de la prestación de servicios, y el carácter previsiblemente permanente o de larga duración de las mismas que deberá basarse en todos los elementos objetivos de que se dispongan, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales .

16. La expresión “medidas adecuadas” es la concreción de la expresión “ajustes razonables” en el ámbito laboral, e incluye el examen de la razonabilidad, integrando la interpretación del artículo 66.2 de la LGDPCD en el ámbito del empleo y la ocupación.

El legislador español ha optado por la plasmación de la expresión medidas adecuadas en el marco del artículo 40.2 de la LGDPCD. Esta opción ha sido muy frecuente en el escenario europeo (Holanda, Francia e Irlanda) y pone el acento en la eficacia del ajuste. En este sentido, la adecuación de la medida lleva implícito el concepto de razonabilidad, pues la necesidad de valorar si la medida es una carga excesiva constituye el examen de la razonabilidad de la medida. De este modo, la expresión “ajustes razonables” simboliza la denominación de la obligación empresarial (artículo 2.m. de la LGDPCD), y el término “medidas adecuadas” es su concreción material en el ámbito del empleo (artículo 40.2 de la LGDPCD), siendo, por tanto, equivalentes.

A propósito de la razonabilidad, una correcta interpretación del artículo 40.2 de la LGDPCD exige un examen de los parámetros del artículo 66.2 de la LGDPCD. El término “adecuadas” delimita los elementos de análisis de la obligación de realizar ajustes razonables, y exige analizar dos cuestiones específicas: a) la razonabilidad de la medida, y b) el análisis respecto a la carga excesiva. El artículo 66.2 de la LGDPCD ofrece pautas de interpretación respecto a la razonabilidad de la medida, y se efectúa desde una perspectiva general que permite su aplicación en todos los ámbitos en que es obligado realizar ajustes razonables, incluido el artículo 40.2 de la LGDPCD. En efecto, la localización del artículo 66.2 de la LGDPCD se halla al margen de los distintos derechos que regula la LGDPCD, circunstancia que evidencia su función de clarificación del significado de razonabilidad en las dos modalidades de la obligación de realizar ajustes razonables que establece la LGDPCD. En este punto, sería recomendable que el legislador incorporase una conexión normativa entre ambos preceptos, de forma que la aplicación del artículo 66.2 de la LGDPCD no presentase duda alguna en el marco de la interpretación del artículo 40.2 de la LGDPCD. Así, por ejemplo, podría optarse por la incorporación del primer párrafo

del artículo 66.2 de la LGDPCD entre el primer y segundo párrafo del artículo 40.2 de la LGDPCD, o bien por la remisión al artículo 66.2 de la LGDPCD a efectos de valorar la razonabilidad del ajuste.

17. La caracterización de las medidas adecuadas integra adaptaciones estructurales, organizativas y educativas, y requerirá efectuar una evaluación inicial de las necesidades del trabajador.

Las actuaciones concretas que podrán llevarse a cabo como “medidas adecuadas” serán físicas, organizativas o educativas estrechamente conectadas a la ejecución de la prestación laboral y a la discapacidad del trabajador. Si bien es cierto que el artículo 40.2 de la LGDPCD no se pronuncia respecto a esta triple categoría así como tampoco se encarga de plasmar medidas a título de ejemplo, circunstancia esta que debe ser criticada, su clasificación deriva del considerando 20 de la Directiva 2000/78 y del apartado 49 de la STJUE de 11 de abril de 2016, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11 y C-337/11, EU:C:2013:222.

La amplitud propia de la denominación de las categorías exige destacar la importancia de realizar una evaluación inicial que detecte el ajuste necesario en cada situación concreta, cuestión esta que no ha sido regulada por el legislador español. En este punto, convendría regular un procedimiento en el que se ofrecieran pautas para la detección del ajuste más conveniente y un sistema de resolución de disputas surgidas a propósito del desacuerdo en el ajuste a realizar, en el que podría contarse con la intervención mediadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En este punto, conviene sugerir la conveniencia de implementar un sistema similar al denominado “proceso interactivo”, institución de origen estadounidense que ha ofrecido a lo largo de los años un escenario de mayor seguridad jurídica para los operadores y un espacio participativo en el que acordar de forma consensuada las medidas a adoptar en el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables.

18. La configuración española de la obligación de realizar ajustes razonables integra la razonabilidad como límite, definida en el artículo 66.2 de la LGDPCD.

La razonabilidad del ajuste delimita aquellas adaptaciones que pueden ser exigibles al empresario en el marco de la obligación objeto de estudio. Se trata de un parámetro objetivo que actúa como filtro en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, ofreciendo así una flexibilidad *ad casum* que otorga un amplio margen de interpretación a las partes. Otra de las características del carácter razonable del ajuste o medidas es la indeterminación de su definición a nivel europeo e internacional, ya que países vanguardistas como Estados Unidos de América, Canadá o Reino Unido, no han definido legalmente su significado. En este punto, el legislador español ha sido pionero al definir los factores para valorar la razonabilidad del ajuste y legalizarlos en el marco del artículo 66.2 de la LGDPCD, si bien sería necesario conectarlo formalmente con el artículo 40.2 de la LGDPCD. Ello ha supuesto una distinción atípica a nivel europeo e internacional, pues la valoración de factores en el marco de la razonabilidad que son distintos a los de la carga excesiva se traduce en una doble valoración que enriquece el análisis del deber empresarial objeto de estudio y diferencia la ausencia de razonabilidad de la existencia de carga desproporcionada en el ordenamiento jurídico español.

19. La determinación de la carga excesiva, que debe ser efectuada con carácter restrictivo, carece de pautas que guíen su interpretación.

La carga excesiva es una exención legal del cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo de personas con discapacidad. El análisis de los factores que la componen siempre será posterior y autónomo al de la razonabilidad del ajuste, dado que sólo deberá examinarse en aquellos supuestos en los que el ajuste seleccionado sea considerado razonable. Su carácter excepcional exige efectuar una interpretación restrictiva de sus elementos, pues en caso contrario podría convertirse el incumplimiento en la tónica general, de forma similar a la situación de la cuota de reserva de empleo y su declaración de excepcionalidad. Esta circunstancia supone, a efectos prácticos, la creación de una serie de reglas sustantivas y procesales en relación con la prueba de la existencia de carga excesiva, que exigirían la plasmación de tres factores que deben ponderarse *ab abstracto* por el operador jurídico: a) la

valoración de la actuación empresarial respecto al diagnóstico del ajuste necesario, que incluiría determinar si la conducta empresarial obedece a las reglas de la buena fe; b) las razones que suponen que no se lleva a cabo por el empresario el ajuste razonable, aspecto este que debe conectarse con la diligencia mostrada por el empresario desde el inicio de la solicitud del ajuste hasta la negativa; y, c) la validez de las razones sustantivas que justifican la no realización del ajuste razonable necesario, valorándose especialmente la proporcionalidad de las mismas respecto a los objetivos que pretende conseguir el ajuste pretendido. A este esquema sería recomendable añadir alguna prescripción, de carácter procesal, como, por ejemplo, la exigencia de que la existencia de la carga excesiva sólo sea admitida si concurren y pueden probarse elementos objetivos actuales, impidiendo así la posibilidad de apreciarla en supuestos hipotéticos o de forma anticipada.

Sin embargo, uno de los principales problemas que presenta la configuración de la carga excesiva es la ausencia de definición de aquellas circunstancias que la integran a lo que debe sumarse la falta de clarificar cuestiones esenciales del examen de la carga excesiva, como por ejemplo cuál es el margen temporal que debe tenerse en cuenta a la hora de valorar la existencia de carga excesiva o la posibilidad de revisar la consideración de carga excesiva transcurrido un lapso temporal y bajo qué circunstancias.

20. Los factores que determinan la carga excesiva no se hallan limitados a los plasmados legalmente, dado que una lectura amplia del artículo 5 de la Directiva 2000/78 admite la incorporación de otras circunstancias.

Las circunstancias que componen la carga excesiva se hallan definidas en el artículo 40.2 de la LGDPCD, a saber, 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. Sin embargo, la lista de factores no se halla limitada legalmente a las citadas, y podría admitirse la incorporación de otros parámetros a efectos de valorar la existencia de carga excesiva. El fundamento de esta tesis se halla en un examen del considerando 21 de la Directiva 2000/78, que utiliza la

palabra “particularmente”, y la interpretación expansiva de los ajustes razonables propugnada al amparo de los apartados 53 y 54 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222. Todo ello permite que los operadores jurídicos utilicen otras circunstancias para la valoración de la carga excesiva, pudiendo utilizarse, por ejemplo, el número de empleados contratados por el empresario en el centro de trabajo en cuestión; el impacto moral que supone al trabajador que solicita el ajuste; el tiempo que transcurre entre la solicitud del ajuste y la ejecución del mismo; la ponderación del ajuste si este es requerido por otra norma; o la duración del contrato de trabajo del trabajador con discapacidad o que el empleador se halle obligado al cumplimiento de la reserva de cuota de puestos de trabajo para personas con discapacidad y cómo ha cumplido con esta obligación en los últimos años.

21. La previsión legal de las distintas circunstancias que componen la determinación de la carga excesiva requiere un desarrollo que integre su valoración con las particularidades del ordenamiento jurídico español.

Las circunstancias que componen la determinación de la carga excesiva, que son 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, han sido transpuestas en el ordenamiento jurídico español sin proceder a su desarrollo normativo. En líneas generales, el legislador español transpuso los mencionados factores indicando su incidencia en la exención del cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad, pero sin concretar sus efectos y/o su interrelación.

En particular, la percepción de medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad no incluye la incidencia de los principales incentivos para el empleo de personas con discapacidad, y se omite especialmente el impacto de la subvención para la adaptación del puesto de trabajo de personas con discapacidad plasmada en el artículo 1.2 de la Orden de 13 de abril de 1994. A ello se suma la falta de actualización de las ayudas y subvenciones públicas, que perjudica al cumplimiento de la obligación objeto de estudio en el sentido de

que no mitiga en grado suficiente la calificación como excesiva de la realización de ajustes razonables, y consecuentemente, amplía la potencialidad de la valoración de la adaptación del puesto de trabajo como desmesurada.

En cuanto a los costes financieros y de otro tipo, el legislador muestra una voluntad de no limitar el análisis a una dimensión puramente económica, pues la incorporación de la cláusula “y de otro tipo”, integra la necesidad de efectuar un examen más allá del carácter económico. Esta concepción es especialmente positiva, superando otros países que se han mostrado más vanguardistas en la protección de los derechos de las personas con discapacidad pero que no han incorporado esta expresión, como por ejemplo Estados Unidos de América, Canadá y Reino Unido. Sin embargo, el legislador no conceptualiza qué costes pueden integrar esta categoría, no se ha entrado a precisar cómo deben valorarse los costes del ajuste respecto a los posibles beneficios de la medida en cuestión, así como pautas a propósito de la interpretación conjunta de ambas categorías en el marco de la determinación de la existencia de carga excesiva. En consecuencia, el examen de la carga excesiva se centra en una visión limitada a los medios empresariales, omitiendo así un aspecto objetivo (la comparativa de los efectos del ajuste en relación con los costes) que es capital en el marco de la configuración legal de la exención de esta obligación.

Por último, el tamaño y volumen de negocios total de la empresa integra la diversidad del tejido empresarial existente en el marco de esta obligación, y ello debe destacarse positivamente. Ahora bien, la falta de definición de ambas expresiones, sumado a la ausencia de prohibiciones de valorar previsiones futuras de reducción de ingresos o de actividad como justificación de la existencia de carga excesiva, la omisión normativa de la incidencia de fenómenos como los grupos de empresa o la no inclusión de circunstancias como la situación económica financiera de la organización o la existencia de causas objetivas de carácter económico, técnico, organizativo y/o productivo, siembran una gran incertidumbre jurídica en torno a su interpretación y caracterización, especialmente respecto al modo en que influyen estos factores a la hora de valorar la existencia de carga excesiva.

22. El incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad es una conducta empresarial discriminatoria, que debe ser categorizado como discriminación *sui generis*.

La caracterización del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables se constata en el artículo 63 de la LGDPCD, que lo conceptualiza como una conducta que vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Esta formulación no parece aclarar si el incumplimiento puede ser calificado como una conducta discriminatoria, pero una interpretación a la luz del artículo 2 de la CIDPD, que califica la no realización de ajustes razonables como una forma de discriminación, permite afirmar su consideración como discriminatoria.

Sin embargo, los problemas aparecen en relación con el significado del incumplimiento propiamente dicho, ya que el legislador no especifica si incluye la mera omisión empresarial o exige una denegación expresa para sostener el incumplimiento de la obligación. Teniendo en cuenta la importancia de la obligación de realizar ajustes razonables para el fomento y mantenimiento del empleo para las personas con discapacidad, debe adoptarse una interpretación amplia, que permita no entender cumplido este deber empresarial tanto si el empresario se ha negado explícitamente a realizar el ajuste razonable como si ha actuado de forma omisiva. En este punto, sería conveniente clarificar que la falta de interés del empresario en la búsqueda del ajuste más adecuado para el trabajador también debería incorporarse como una conducta asimilable al incumplimiento.

El incumplimiento del deber empresarial objeto de estudio debe ser categorizado como una discriminación *sui generis*, no siendo posible calificarlo como discriminación directa, o indirecta. Esta tesis se fundamenta en el artículo 2 de la CIDPD, que se encarga de definir la expresión “discriminación por motivos de discapacidad”, como aquella que *incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables*. Tal previsión normativa clarifica que el incumplimiento del mencionado deber empresarial es una forma de discriminación

autónoma y separa de las dos categorías clásicas que se han apuntado anteriormente. De hecho, el legislador español confirma este enfoque, pues separa explícitamente la violación de esta obligación de la discriminación directa e indirecta por razón o motivos por discapacidad, ex artículo 63 de la LGDPCD.

23. Los efectos más importantes derivados del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo de personas con discapacidad son la nulidad de las decisiones vinculadas a la negativa de realizar ajustes razonables y la imposición de sanciones por dicha conducta empresarial.

La primera consecuencia del incumplimiento de la obligación objeto de estudio es la nulidad de aquellas conductas empresariales, las cláusulas de los convenios colectivos, pactos individuales o decisiones unilaterales del empleador que contribuyan o estén relacionadas con la mencionada infracción. Esta consecuencia se deriva del artículo 63 de la LGDPCD. De hecho, la nulidad también se extendería a aquellas medidas unilaterales empresariales que puedan estar estrechamente conectadas a la obligación empresarial, ya que la obligación de realizar ajustes razonables ofrece una protección destinada al mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad, y su incumplimiento puede afectar a la calificación judicial de medidas empresariales de flexibilidad externa. De esta manera, la omisión o incumplimiento de la realización de ajustes razonables, que es una actuación discriminatoria, expande sus efectos -la nulidad- a las decisiones empresariales encaminadas a extinguir el contrato de trabajo de personas con discapacidad, pues su carácter de obligación implica la búsqueda de las medidas adecuadas para mantener el empleo.

Sin embargo, el legislador no clarifica cómo debe abordarse la falta de solicitud del cumplimiento de la obligación desde el punto de vista del control judicial. La cuestión principal gira en torno a si podría examinarse de oficio el cumplimiento de la obligación, o si, por el contrario, se requerirá siempre la solicitud por parte del trabajador para entrar a valorar los efectos de su incumplimiento. La configuración, tanto europea como española, de la obligación de realizar ajustes razonables se diseña como un deber cuyo cumplimiento corresponde al

empresario. Por lo tanto, el carácter de obligación empresarial permitirá el examen judicial de su cumplimiento, incluso en aquellos supuestos en los que el trabajador no la haya solicitado, dada su protección destinada al mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad

En segundo y último lugar, otro de los efectos que se derivan del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables será el pago de una cantidad determinada en concepto de sanción. La norma reguladora de esta cuestión será la LISOS al amparo de la disposición adicional séptima de la LGDPCD, aún a pesar de que el título III de la LGDPCD (artículos 78 a 88) contempla infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

No obstante, la aplicación del artículo 8.12 de la LISOS, que es el que mejor se ajusta al incumplimiento del deber empresarial objeto de estudio, se halla totalmente desconectada a la mencionada obligación. Ya no sólo por la falta de mención explícita al incumplimiento de la obligación objeto de estudio en el marco de la LISOS, sino por la plasmación del tipo de discriminación que se efectúa en esta norma, que se limita únicamente a la discriminación directa e indirecta. Esta circunstancia supone una exclusión *de facto* a la posibilidad de sancionar al amparo de la LISOS, y exige una modificación normativa urgente que rectifique la disposición adicional séptima de la LGDPCD, opción esta poco recomendable debido a la dispersión normativa que provocaría, o por la inclusión explícita del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el marco del artículo 8.12 de la LISOS.

Esta segunda alternativa parece la más adecuada, pues se mantendría intacta la redacción de la disposición adicional séptima de la LGDPCD, remitiendo así el examen de estos incumplimientos que se producen en el marco de una relación laboral a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y además sería coherente con la formulación de la vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades prevista en el artículo 63 de la LGDPCD, que separa el incumplimiento de la

obligación de realizar ajustes razonables de la existencia de conductas que puedan ser calificadas como discriminación directa o indirecta.

24. El tratamiento de la discriminación por razón de discapacidad y de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad a nivel judicial no ha sido todavía abordado por los tribunales españoles en los términos propuestos por el paradigma social de tratamiento de la discapacidad.

El escenario judicial español presenta una evolución cada vez más integradora, pero no de la misma entidad que el TJUE, que ha efectuado una gran labor en la implementación judicial del paradigma social de tratamiento de la discapacidad. En este punto, conviene advertir que desafortunadamente la obligación de realizar ajustes razonables no ha sido, por el momento, una institución en la que la jurisdicción social haya sido proclive a abordar la configuración de este deber empresarial. La influencia de la doctrina del TJUE en el ordenamiento jurídico español no ha desplegado aún todo su potencial, y buena muestra de ello es que sólo se hayan dictado dos sentencias por la Sala Social del TS sobre esta temática tras la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, que han sido la STS de 3 de mayo de 2016 (Rec. 3348/2014) y la STS de 22 de febrero de 2018 (Rec. 160/2016). Así pues, el deber empresarial objeto de estudio ha pasado totalmente inadvertido en el orden jurisdiccional social, eclipsado por el examen de la calificación del despido en situación de incapacidad temporal, y la distinción entre la enfermedad y discapacidad, que son las dos cuestiones que han copado la atención de los tribunales, sin que se haya producido una verdadera implementación judicial del modelo social de tratamiento de la discapacidad.

25. El ordenamiento jurídico español no ha integrado la obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo para personas con discapacidad en las distintas modalidades extintivas que pueden tener una especial incidencia para las personas con discapacidad.

El legislador transpuso el deber empresarial objeto de estudio mediante su reproducción literal en la normativa española, sin proceder a la modificación de otras instituciones claves para asegurar su eficacia y cumplimiento. Esta circunstancia plantea actualmente problemas de compatibilidad con aquellas extinciones basadas en la incapacidad del trabajador para seguir prestando servicios, a saber, la extinción del contrato de trabajo por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente en grado de gran invalidez, total o absoluta del trabajador (artículo 49.1.e del TRLET); la extinción objetiva del contrato de trabajo debida a la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa (artículo 52.a del TRLET) y la extinción objetiva del contrato de trabajo debida a las faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes (artículo 52.d del TRLET).

La incompatibilidad de todas ellas respecto a la obligación objeto de estudio surge como consecuencia de su caracterización como control previo a la extinción. Se trata de una cuestión sumamente importante en el marco de las extinciones, pues la consecuencia del incumplimiento de la obligación de adaptar el puesto de trabajo es su consideración como conducta discriminatoria, al amparo del artículo 2 de la CIDPD y del artículo 63 de la LGDPCD. Por lo tanto, la calificación jurídica de la extinción en la que no se ha intentado el cumplimiento del deber empresarial objeto de estudio sería la nulidad, ex artículo 53.4 del TRLET.

Ante estas situaciones, sería conveniente que el legislador integrase el intento de cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad como un trámite previo en las citadas modalidades extintivas, ya que actualmente este deber empresarial no despliega una de sus finalidades principales, que es el mantenimiento del empleo, en situaciones que requieren una especial protección.

26. La integración de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad en el marco del artículo 49.1.e del TRLET en situación de incapacidad permanente en grado de gran invalidez y absoluta exigiría reinterpretar el concepto “actividades no compatibles”.

La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad no actúa como control previo a la extinción prevista en el artículo 49.1.e del TRLET en los supuestos de incapacidad permanente en grado de gran invalidez y absoluta. Sin embargo, sí que se observan una serie de interacciones del deber empresarial objeto de estudio en relación con el acceso al empleo y a la prestación de servicios de trabajadores en situación de incapacidad permanente en grado de gran invalidez, absoluta, que, junto con el grado de total, son asimilados al concepto de persona con discapacidad al amparo del artículo 4.2 de la LGDPCD, y, por lo tanto, podrán exigir el cumplimiento de la obligación objeto de estudio.

En el caso de situaciones de incapacidad permanente en grado de absoluta o gran invalidez, la exigencia de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo que ocupen estos trabajadores se limitaría a aquellos ámbitos que se hallen relacionados con la situación que genera la discapacidad. Y es en este punto en el que la obligación objeto de estudio debería desplegar sus efectos, pues son precisamente estas las que presentan una conexión más estrecha en relación con las lesiones que genera la declaración de incapacidad permanente, y que, a su vez, permite su asimilación al concepto de persona con discapacidad. De hecho, la integración del deber empresarial objeto de estudio exigiría reconocer legalmente, o en su defecto, jurisprudencialmente, la incidencia del deber empresarial objeto de estudio en el concepto “actividades no compatibles”, adoptando una lectura integradora de conformidad con la CIDPD y la Directiva 2000/78, en el sentido de que, en función de la situación concreta, pueda convertir actividades aparentemente incompatibles en compatibles. Así, se permitiría el ejercicio del derecho al trabajo de quien se halla en una situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, ex art. 35 de la C.E., y se contribuiría a reforzar su reinserción social y laboral.

27. La integración de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad en situación de incapacidad permanente en grado de total actúa como control previo en el marco de la extinción prevista en el artículo 49.1.e del TRLET.

En los supuestos de trabajadores en situación de incapacidad permanente en grado de total, la incidencia de la obligación de adaptación se limita exclusivamente al desempeño de tareas profesionales que presenten algún tipo de conexión o coincidencia con las tareas que generaron el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente. La razonabilidad del ajuste delimita su exigencia a aquellas funciones cercanas o compartidas en relación con la profesión habitual que otorgan la condición de persona con discapacidad por homologación de la incapacidad permanente total ex artículo 4.2 de la LGDPCD, ya que la obligación de realizar ajustes razonables sólo es exigible por aquellas personas con una situación asimilable a una discapacidad. En tales casos, el deber empresarial objeto de estudio actuará como un paso necesario previo a la extinción del contrato de trabajo por la vía del artículo 49.1.e del TRLET, so pena de considerar nula la decisión extintiva al amparo del artículo 63 de la LGDPCD.

28. La tutela antidiscriminatoria que ofrece la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad no ha sido integrada en el artículo 52.a del TRLET, así como tampoco en el 52.d TRLET, lo que se traduce en la falta de adaptación del ordenamiento jurídico español a la CIDPD.

El despido por ineptitud sobrevenida y por faltas de asistencia al trabajo aún justificadas, regulados en los artículos 52.a y 52.d del TRLET, no han integrado el deber empresarial objeto de estudio, tal y como sucede con otras modalidades extintivas que pueden tener un especial impacto para las personas con discapacidad.

Respecto al artículo 52.a del TRLET, la tutela antidiscriminatoria que ofrece la obligación de realizar ajustes razonables no ha sido trasladada en el marco de esta vía extintiva, a diferencia de lo que sucede con la tutela preventiva, que se integró por vía judicial, en el sentido de que el despido por ineptitud sobrevenida debe ser considerado una actuación subsidiaria respecto a la adaptación del puesto de trabajo por motivos de salud y seguridad. En este punto, conviene destacar que la configuración actual de la mencionada modalidad extintiva plantea problemas de compatibilidad con la CIDPD, que rechaza de plano conceptos

excluyentes como ineptitud del trabajador, pues el ajuste se postula como una solución para adaptar el puesto de trabajo a las capacidades del trabajador. La redacción actual del artículo 52.a del TRLET no procura la creación de un mercado de trabajo inclusivo y accesible a las personas con discapacidad, ya que permite la expulsión de este colectivo en aquellos supuestos en los que la discapacidad aparece durante la relación laboral. Esta circunstancia quebranta la igualdad de condiciones en el trabajo y el empleo pretendida en el artículo 27 de la CIDPD, pues genera una desventaja para las personas con discapacidad, que permite al empresario extinguir el contrato de trabajo por motivos de discapacidad.

En cuanto al artículo 52.d del TRLET, nos encontramos ante un precepto que guarda absoluto silencio en relación con el deber empresarial objeto de estudio. Sorprende cuanto menos que el legislador no haya procedido a modificar la caracterización del artículo 52.d del TRLET, ya no sólo por la falta de inclusión del concepto de persona con discapacidad como consecuencia de la ratificación de la CIDPD, sino por la especial incidencia de la obligación de realizar ajustes razonables en estas situaciones. La posibilidad de extinguir el contrato de trabajo sin exigir normativamente la adopción de las medidas adecuadas es claramente contraria al paradigma que reivindica la CIDPD, que apuesta por la integración laboral y el mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad ex artículo 27.1.a y 27.1.e de la CIDPD.

Todo ello permite concluir la falta de adaptación del ordenamiento jurídico español a la CIDPD, y sería conveniente abordar una remodelación de los artículos 52.a y 52.d del TRLET en el sentido de incluir la obligación de realizar ajustes razonables como requisito previo a la extinción, o, en otras palabras, la necesidad de haber intentado el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables, so pena de considerar la decisión empresarial nula.

29. La configuración española del deber empresarial objeto de estudio requiere un desarrollo reglamentario de carácter urgente, así como la creación de un organismo administrativo con potestad para iniciar acciones

judiciales y administrativas en supuestos de discriminación por razón de discapacidad.

La configuración española de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad no aborda una serie de cuestiones capitales para la plena efectividad de este mecanismo de igualdad de oportunidades. Cuestiones como la evaluación inicial previa de las medidas adecuadas, cómo debe llevarse a cabo el cumplimiento de esta obligación, cómo proceder en caso de desacuerdo entre empresario y trabajador respecto a las medidas a adoptar, la determinación de la carga excesiva, la valoración de las circunstancias de la carga excesiva o las consecuencias del incumplimiento del deber empresarial objeto de estudio deben ser objeto de clarificación, pues recurrir a la interpretación de la CIDPD o de la Directiva 2000/78 no siempre ofrece una solución interpretativa clara. La falta de una norma de desarrollo de la obligación perjudica su correcta implementación y reduce sus efectos integradores, especialmente respecto a los tiempos de ejecución, la detección y discusión de las medidas más adecuadas y la resolución de las posibles controversias que aparezcan durante el cumplimiento de la obligación.

En este punto, no puede omitirse, como sugerencia, la adopción de un sistema similar al establecido en Estados Unidos, denominado “proceso interactivo”. Sus ventajas en una hipotética implementación en el ordenamiento jurídico español se traducen, esencialmente, en la incorporación de un proceso que permitiría formalizar la ejecución del cumplimiento de la obligación en todos sus estadios y detectar, así como consensuar, el ajuste razonable a realizar, documentando así el cumplimiento de la obligación, y en su caso, facilitando el examen en sede judicial.

Asimismo, la creación de un ente que se encargue de la tutela de las personas con discapacidad es otra de las propuestas necesarias para garantizar una implementación efectiva del deber empresarial objeto de estudio. El sistema actual no permite una salvaguarda de la integración de las personas con discapacidad en el empleo y la ocupación, y sería recomendable proceder a la creación de un órgano, de naturaleza administrativo, con potestad para intervenir

en el proceso de cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables, sancionar administrativamente su incumplimiento, con la posibilidad de iniciar acciones judiciales de oficio derivadas del incumplimiento de la obligación examinada en esta obra. En este punto, Estados Unidos de América es un auténtico referente, pues la EEOC, que es la agencia dependiente del Gobierno federal que se encarga de estas tareas, ha desempeñado un papel esencial en la protección de los derechos y la inclusión de las personas con discapacidad.

CONCLUSIONS

Disability is an issue that has become increasingly important in the legal field, in order to ensure the effective enjoyment of the rights of people with disabilities. This evolution has materialized because the transition between the different models of disability, whose main role has fallen on the medical or rehabilitation and social model.

The medical model of disability focuses on the limitation of the person in relation to the result or the process of activities developed by other people without disabilities, and advocates the integration of the individual by means of medical interventions that involve the healing of the disability. The social model of disability treatment is based precisely on an approach that is totally contrary to the medical paradigm, since it rejects the existence of individual limitations. The origin of the problem lies in society, conceived as a limiting entity that is incapable of responding to the needs demanded by people with disabilities. In this regard, the social model characterizes disability as a situational phenomenon, resulting from the interaction between an impairment and a non-adapted environment, and proposes the promotion of autonomy and independence as a solution, abandoning the idea of normality and adopting accessibility and universal design as the main characteristics for achieving equal opportunities.

The migration between models of disability has not been a theoretical issue. Throughout this study it has been shown how international organizations (WHO, UN and ILO) and domestic law (United States of America, Canada, United Kingdom, France and Spain) have chosen to transfer to a legal level the different characterizations that have been subjected to the term "disability". Thus, the treatment of people with disabilities has come increasingly closer to an inclusive approach, focusing its attention on the elimination of social barriers that hinder their full and effective participation in society as subjects with rights. The key element of this fact is based on a perspective carried out under the prism of human rights, which uses the starting points of dignity, autonomy, equality and solidarity as basic values, and is the result of the approval of the CRPD and Directive 2000/78, which have assumed the task of abandoning the medical or

rehabilitation paradigm and the progressive implementation of the social model of disability.

Hence, it is in the face of this scenario of transition between theoretical models of disability and its legal embodiment that the duty to provide reasonable accommodation in the workplace for people with disabilities emerged, it being the main topic of this work. This anti-discrimination measure, which aims to materialize the principle of equal treatment in relation to persons with disabilities, is conceptualized as a business obligation to adopt the appropriate measures for each particular situation, in order to allow access to employment, take part in it or progress professionally, unless these measures entail a disproportionate burden to the employer. Its incorporation took place initially at the European level, specifically in Article 5 of Directive 2000/78, and it was extended to the international level through the CRPD, which incorporated the realization of the duty to provide reasonable accommodation as the main measure to promote equality and eliminate discrimination (Article 5.3 of the CRPD).

On the basis of that premise, and of the analysis of the evolution of the legal treatment of disability and the configuration of the duty to provide reasonable accommodation from an international, European, comparative and national perspective, the following conclusions emerge:

1. The duty to provide reasonable accommodation in the workplace for people with disabilities acts as an international common guarantee for the effective transition towards the social model of disability.

The duty to provide reasonable accommodation is designed, within the framework of the CRPD, as a universal instrument which is a key element of the exercise of all the rights of persons with disabilities. The legal integration of this mechanism of equal opportunities, of an eminently anti-discriminatory nature, appears as an essential guarantee during the transition towards full accessibility, shared by all the Member States of the UN.

We are therefore faced with a regulation that establishes universal accessibility to the achievement of the full participation of people with disabilities, and at this point, reasonable accommodation plays a decisive role, as it constitutes the materialization of this trend.

2. The duty to provide reasonable accommodation is a non-discrimination measure of global scope, which has assumed a particular importance in the field of work and employment at a European level.

The CRPD contemplates the duty under study as a mechanism of global scope, extending its realm of action to very different fields, such as the freedom and security of the person (article 14 of the CRPD) or education (article 24 of the CRPD). However, where it has acquired greater importance has been in the field of work and employment (Article 27 of the CRPD), as a consequence of article 5 of Directive 2000/78. Its conception in the framework of a European directive meant a revolution in the achievement of equal opportunities and non-discrimination on the grounds of disability, since it forced the Member States to transpose the duty to provide reasonable accommodation. Thus, a uniform protection, which was not harmonized, was introduced in the field of work and employment of people with disabilities at a European level.

3. The UN General Assembly has been the only international organization to show particular concern for configuring the duty so as to provide reasonable accommodation in the field of work and employment.

The UN General Assembly is, by far, the entity that has taken the greatest initiative in establishing accommodation as the main measure for promoting equal opportunities for people with disabilities. Resolution 1386 (XIV) of 20 November 1959, issued by the General Assembly, approving the Declaration of the Rights of the Child, established for the first time the obligation to accommodate the process of the training and care of disabled children on the basis of their situation. From that moment onwards, references to improving the possibilities of this group have been constant. In this regard, Resolution 2856 (XXVI) of 20 December 1971, approving the Declaration of the Rights of the Mentally Retarded and Resolution

3447 (XXX) of 9 December 1975, approving the Declaration of the rights of the disabled; Resolution 37/52 of 3 December 1982, in which the World Program of Action for Disabled Persons, the Standard Rules or the CRPD were approved, are clear examples of the international purpose to improve the living standard of people with disabilities. The Standard Rules and the CRPD highlighted the implementation of the social paradigm of disability treatment and the commitment to creating reasonable accommodation as the main measure of integration, at all levels, of people with disabilities.

4. The WHO and the ILO have played a secondary role in the inclusion of people with disabilities, showing a lack of international coordination at the institutional level.

The WHO has played a predominant role in the treatment of disability, albeit one limited to a scientific point of view. Clear examples of this trend are the CIDDM and the CIF, which introduced methods to assess the existence of a disability based on the medical model of disability. Although it is true that the CIF meant a more inclusive approach to disability, since it abandoned the concept of disability and does not intend to classify people but to describe their situation, it still maintains elements very close to the medical model. Thus, for example, the environmental factors found in the CIF, which aim to reflect the impact of social limitations on the performance of daily activities, have not been updated since their conception in 2004. In this way, the WHO has assumed a medical perspective, maintaining a system based on scientific concepts and statements.

The ILO, unlike the UN General Assembly, has paid very little attention to people with disabilities. A clear example of this is the inclusion of some precepts in the framework of various Conventions and Recommendations, without dedicating a special consideration regarding to non-discrimination based on disability. Although Convention No. 161 of the ILO on occupational health services of 26 June 1985 addressed the accommodation of the workplace from a preventive perspective, there is no other standard that contains significant references to the duty to provide reasonable accommodation. For example, Recommendation no. 99 of the ILO on the professional adaptation and retraining of invalids, of 22 June 1955;

Convention No. 159 of the ILO on vocational rehabilitation and employment, 20 June 1983; Recommendation no. 150 of the ILO on human resources development of 23 June 1975 and Recommendation no. 168 of the ILO on vocational rehabilitation and employment (disabled persons), of 20 June 1983, are instruments that reflect the international concern for the relocation and accommodation of people with disabilities, with a clear desire to modify the paradigm of disability, but none of them has established significant changes.

5. Directive 2000/78 introduced the anti-discrimination protection to achieve equal opportunities for people with disabilities in employment, by means of the duty to provide reasonable accommodation, as a result of the Common law influence.

Directive 2000/78 represented a legal revolution in the European scenario, which symbolizes the desire of the Member States to promote a harmonized policy with regard to discrimination at a European level. However, the greatest achievement of Directive 2000/78 is the inclusion for the first time of disability as a cause of discrimination, a circumstance that requires the domestic implementation of the social model of disability at a European level.

The duty to provide reasonable accommodation appeared for the first time in the European scenario with the approval of article 5 of Directive 2000/78, as a result of the incorporation of disability as a cause of non-discrimination in employment and occupation. Its design, as an individual solution that seeks to eliminate the barriers that hinder the full and effective participation of people with disabilities in employment and occupation, follows an approach that combines the virtues of the American civil rights model and the classic European social protection model. The adoption of a mixed model is a measure that aims to claim a change in European policy to combat discrimination, in order to achieve an effective implementation of the principle of equal treatment.

The aforementioned duty constitutes a compulsory anti-discrimination mechanism, a circumstance that excludes its consideration as a positive action measure, and which is unprecedented in European Union Law. In fact, it is a measure imported

from countries with a Common Law legal tradition, with the United States of America being the clearest reference. It implements a significant development at a European level: the elimination of discrimination using an approach that pays attention to prevention and the elimination of obstacles, abandoning an approach that had previously been based on health and safety at work. And in this regard, the influence of Common Law has been transferred to other aspects of the Directive that are intimately related to the aforementioned duty, such as the absence of a uniform concept of people with disabilities or the term "reasonableness", among others, thus leaving obvious scope for the CJEU to develop the configuration of the duty.

6. The European configuration of the duty to provide reasonable accommodation in the workplace for people with disabilities is designed as an autonomous business obligation.

The protection of workers with disability can be included in various types of protection, namely, preventive protection (Directive 89/391) and anti-discrimination protection (Directive 2000/78). Both areas require the duty to provide reasonable accommodation in the workplace, but its bases are different, thus designing a complementary multilevel protection. In fact, the differences between them can be found in its characterization, the most notable one for the purposes of this discussion being the failure, on the basis of the principle of accommodating the workplace foreseen in Directive 89/391, to consider the economic cost of carrying out the preventive protection.

This normative separation demonstrates the autonomous nature of the duty to provide reasonable accommodation. Thus, we are faced with two standards that operate in different fields of protection, and with very different characterizations, but whose feedback is undeniable, forming a legal framework of multilevel protection in the field of labour relations. And in relation to the duty to provide reasonable accommodation, this relationship of independence leads us to conclude that those actions carried out in the framework of the implementation of

health and labour protection cannot be considered in the assessment of the disproportionate burden, since these protections are based on different objectives.

7. The objective scope of protection of the duty to provide reasonable accommodation in the workplace of persons with disabilities goes beyond the aspects foreseen in Article 5 of Directive 2000/78.

The scope of application of the duty to provide reasonable accommodation ex article 5 of Directive 2000/78 is not confined to the situations contemplated by that precept, since the scope of application of Directive 2000/78 (article 3) must be assessed. It is true that, *a priori*, it might seem that article 3 of Directive 2000/78 would not play a particularly role, given that Article 5 of Directive 2000/78 specifies the situations in which the aforementioned European standard may apply. However, Article 3 is responsible for defining the scope of application of Directive 2000/78, and in fact, goes further than Article 5 itself by providing, for example, references to the public and private sectors, activity on behalf of own and professional exercise, selection criteria and contracting conditions, among others.

Consequently, the objective scope of the duty to provide reasonable accommodation cannot be interpreted solely under Article 5 of Directive 2000/78, since Article 3 of Directive 2000/78 extends its effects to other aspects which significantly affect the effectiveness of Article 5 of Directive 2000/78, such as conditions of employment and work, including those for dismissal and remuneration (Article 3.1.c of Directive 2000/78). There is, therefore, a relationship of complementarity between both articles that expands the effects of the principle of equal treatment, and allows us to claim that the objective scope of the aforementioned duty is not confined to Article 5 of Directive 2000/78, rather, it is applicable to the situations foreseen in Article 3 of Directive 2000/78.

8. The expansion of the objective scope of the duty to provide reasonable accommodation at a European level is regarded as a protective measure to maintain employment, constituting an *ex ante* control for the extinction of the employment contracts of people with disabilities.

The objective scope of Article 5 of Directive 2000/78 operates along with the need to interpret Directive 2000/78 as far as possible in accordance with the CRPD, as a consequence of the principle of primacy of international agreements set out in paragraph 32 of the STJUE of 11 April 2013, HK Danmark, C-335/11 and C-337/11, EU: C: 2013: 222, which makes it possible to affirm the importance of the duty to provide reasonable accommodation in the workplace for people with disabilities as a protective measure to maintain employment. In this regard, article 27 of the CRPD is the point of reference, because it promotes, protects and ensures the right to work under equal conditions, including continuity and maintenance in employment, ex article 27.1.a and 27.1.e of the CRPD.

This specification, added to the central role granted by the CRPD to reasonable accommodation, makes it possible to sustain the use of reasonable accommodation as a mechanism for maintaining employment, because this obligation guarantees the enjoyment of the right to work under equal conditions. Thus, the aforementioned duty constitutes an *ex ante* control in the extinction of the employment contracts of people with disabilities.

9. The lack of regulatory development of the European configuration of the duty to provide reasonable accommodation, as a consequence of its Common Law origin, hinders an effective application of the duty.

The translation of the duty to provide reasonable accommodation without integrating it by means of the usual normative standards of the Civil Law system prevailing in Europe has greatly hindered its effective application. The EU has maintained the spirit of the institution under study, and this can be seen in the absence of a definition of the key factors for the application of the aforementioned duty. For example, the lack of a definition of disability or the omission of the meaning of "reasonable" or "disproportionate burden" are clear examples of this fact.

In Common Law legal systems, judgments build the law, and the absence of normative definitions can be seen as something that does not create legal uncertainty, because legal operators have the opportunity to develop the meaning

of this type of concepts. This is noticeable in countries such as the United States, Canada, or even the United Kingdom, in which the case-law has defined the conceptualization of the duty that is the subject of this study.

However, the lack of definition of key concepts for the application of the aforementioned duty has generated harmonization problems between the Member States of the European Union. Consequently, the duty to provide reasonable accommodation is an institution based on Common Law that has not been adapted to the way in which legal systems of the European Union operate.

10. The European configuration of the duty to provide reasonable accommodation perpetuates the stigmatization of people with disabilities, since it is designed as a business duty that requires the adaptation of workplaces already created.

The obligation to provide reasonable accommodation is, without doubt, the most successful answer to the question of how to achieve equal opportunities in societies with extreme diversity, but the configuration of Article 5 of Directive 2000 / 78 consolidates a distinction between normality and difference that does not help to eliminate the stigmatization suffered by people with disabilities. The design of this corporate duty as a transformation of existing jobs, that is, as an *ex post* modification, entails the absence of a key feature for avoiding the stigmatization of people with disabilities: accessibility. Article 5 of Directive 2000/78 does not create universal jobs, but acts for the transformation of existing workplaces. And it is precisely in the adaptation where the perpetuation of stigmatization happens, since it distinguishes those workers who provide services in an adapted workplace, and requires these workers to prove their status as a person with disability. At this point, it would be interesting that the duty under study also included the requirement to create accessible workplaces, which could adopt a structure similar to that of the disability quota.

11. After the ratification of the CRPD by the EU, the CJEU has played a very important role in the legal implementation of the social model of disability,

which has led to the expansive interpretation of the obligation to provide reasonable accommodation.

The CJEU has been established as a key actor in the implementation of the social model of disability in the EU, especially after the ratification of the CRPD by the EU. While it is true that, initially, the attention given by the CJEU to people with disabilities was practically non-existent, due to the absence of European and international standards that offered protection on the grounds of disability, this trend was quickly reversed after the transposition of Directive 2000/78.

The approval of the CRPD by the European Union meant a change of perspective for the CJEU. The clearest example can be found in the first judgment after the ratification of the CRPD, which was the STJUE of 11 April 2013, HK Danmark, C 335/11 and C 337/11, EU: C: 2013: 222. This judgment, which was pioneering in assimilating sickness to disability for the purpose of the application of Directive 2000/78, symbolized a change of tide, not only jurisprudential in relation to the STJUE of 11 July 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU: C: 2006: 456, but with regard to the interpretation of the concept of person with disability and the duty to provide reasonable accommodation in the workplace for people with disabilities.

From that moment on, the CJEU expanded the concept of person with disability, under the definition of person with disability offered by Article 1 of the CRPD – including, for example, obesity (STJUE of 18 December 2014, FOA, C-354/13, EU: C: 2014: 2463) - although it has also excluded other more conflictive situations, such as a worker who cannot support a pregnancy (STJUE of 18 March 2014, Z, C -363/12, EU: C: 2014: 159). More recently, issues closely related to the concept of people with disabilities have also been addressed, such as the long-term requirement for the existence of a disability (STJUE of 1 December 2016, Daouidi, C-395/15, ECLI: EU: C: 2016: 917) or possible indirect discrimination due to the special incidence of workers with disabilities in the context of the termination of the work contract due to still-justified absences, from the workplaces (STJUE of 18 January 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17).

This expansion represents the transition from the medical model to the social paradigm of disability. It significantly affects the duty to provide reasonable accommodation to make reasonable adjustments in the workplace of people with disabilities, because it significantly increases the situations in which the aforementioned duty can be demanded. In this regard, the CJEU has assumed the responsibility for the judicial implementation of the social model of disability, and acts *de facto* as the actor that guides the interpretation of this transition.

12. From a comparative point of view, it is detected that Common Law tradition countries have developed a more intense protection of the disability and a more complete configuration of the duty to provide reasonable accommodation.

The treatment of disability and the configuration of the duty to provide reasonable accommodation in the workplace have been very different between countries of Common Law and those of the Continental tradition. The dynamic role of jurisprudence fits perfectly with the different elements of the duty under study, since it allows one to build a case study that offers legal security to operators. By way of example, the United States of America, Canada and the United Kingdom are countries that hold a characterization of the duty based essentially on judgments. Countries such as France and Spain have a configuration of the aforementioned duty based on a legal approach, but they do not reach the degree of protection offered by Common Law tradition countries. The historical factor plays an important role in this issue, since the United States and Canada, and to a lesser extent, the United Kingdom, were pioneering countries in regulating this obligation, and this has led to their having a wide case-law that has facilitated the construction of a forefront characterization of the duty.

13. The Spanish concept of person with disability has evolved historically from the medical paradigm to the current social model of disability, and currently, integrates a mixed model under articles 4.1 and 4.2 of the LGDPCD.

The evolution of the concept of person with disability has gone through different stages, following a similar development that has taken place at the international and European level. The first standard was the Decree 2531/1970, whose article 1.1 designed a concept that places the possibility of performing a job as a centre of the consideration of the disability, which was listed at the time as a novelty of a certain entity. The constitutionalization of the employment of people with disabilities *ex* article 49 of the C.E. was a boost from the public powers to achieve the integration of people with disabilities, which originated from the approval of the LISMI.

The LISMI was created with the aim of normatively developing article 49 of the C.E., and intended to serve as a legal text for achieving full and effective integration of people with disabilities. LISMI seems to take a very close approach to the social model of treatment of disability, since it introduces the impact on the possibilities of educational, labour or social integration as a core element, thus avoiding excessively restrictive references. However, the definition of disability that it offers is excessively paternalistic, as it has been extremely wide-ranging and has made it difficult to identify people with disabilities. After the LISMI, the Spanish regulation has been characterized by its parcelled inclusion in very specific areas.

The LIONDAU, together with the transposition of Directive 2000/78 implemented by the Law 62/2003, acted as a prelude of the CRPD, and began the transition towards the legal implementation of the social paradigm of disability. This change in the perspective of addressing the treatment of disability has been legally recognized as the transition from the principle of equality to a right to non-discrimination on the grounds of disability. The implementation has been done with two lines of action that marked the legal treatment of disability in the future: the fight against discrimination in order to achieve equal treatment and opportunities; and universal accessibility. However, the concept of person with disability of this standard was not especially innovative, since the definition did not recognize the impact that social barriers could have on the legal construction of disability. This circumstance meant an internal legal inconsistency in the LIONDAU since, unlike

other parts of this law, no influence of the social model of the disability is appreciated.

The next important milestone was Law 26/2011, which was responsible for adapting the Spanish legal system to the CRPD. However, the premature tendency over the previous years resulted in a highly reduced impact of the CRPD, mainly due to the vanguard nature of the LIONDAU. Now, Law 26/2011 expanded the concept of person with disability, *ex* article 1.2 of the LIONDAU, incorporating contextual elements to its conceptualization, while maintaining the classic situations of disability of the medical model.

In this regard, Law 26/2011 materialized the transition towards a mixed model between the medical and social paradigm of disability, which is the actual view of the LGDPCD. The definition of person with disability fits the historical characterization of this concept within the scope of its new definition, closer to the social paradigm of disability. However, a much closer approximation to the social concept of the LIONDAU is detected. Its prevalence with respect to the medical model can be seen from the distinction made in article 4 of the LGDPCD, which brings the concept of person with disability closer to the social model, and displaces the definition based on the medical model of disability.

14. The Spanish configuration of the duty to provide reasonable accommodation in the workplace for people with disabilities is characterized by being a multilevel, permanent, dynamic and continuing obligation.

The duty to provide reasonable accommodation in the workplace provided in article 40.2 of the LGDPCD stands out for offering protection to have access to, participate in, or advance in employment, or to undergo training. This scope includes virtually all the stages of the employment relationship, and it acts simultaneously, in such a way that it allows one to request different adjustments for the areas referred to above. Furthermore, this multilevel protection enables one to affirm its permanent and dynamic nature, which will make it possible to demand the compliance of the duty at any time of the employment relationship.

Another characteristic of this mechanism is its nature as a continuing obligation. At first glance, article 40.2 of the LGDPCD includes the term "adopt", which could support a legal interpretation that does not compel one to maintain the duty to provide reasonable accommodation throughout the employment relationship. However, the interpretation of article 40.2 of the LGDPCD must be made in the light of the CRPD and Directive 2000/78. It gives an important role to appropriate measures as a mechanism to maintain employment and fight discrimination based on disability, and requires an interpretation of article 40.2 of the LGDPCD in terms of the maintenance of employment.

Thus, this duty may be required throughout the entire employment relationship and even previously in order to access employment, as the lack of this compliance entails its extinction. In fact, this characteristic allows the revision or modification of the measures adopted *ex* article 40.2 of the LGDPCD during the development of the employment relationship. Even so, it would be very convenient to modify article 40.2 of the LGDPCD, introducing, together with the term "adopt", the expression "[...] *and maintain*", in the same terms set forth in article 40.1 of the LGDPCD.

15. Compliance with the duty to provide reasonable accommodation corresponds to the employer, who must have knowledge of the worker's disability at the time of requesting the adjustment, given the reactive nature of the aforementioned duty.

Compliance with the duty to provide reasonable accommodation corresponds to employers. The LGDPCD does not establish any requirement that the employer must comply with, unlike other countries such as United States of America. It is extremely positive because it allows a homogeneous application of the obligation.

However, knowledge of the worker's disability is a problematic issue not resolved at a European, comparative or Spanish level. The sensitive nature of the worker's medical information prohibits the employer's request, which circumstance gives a reactive nature to the aforementioned duty. It must be the worker himself who communicates the need to proceed to the accommodation of the workplace, as a manifestation of the duty of good faith *ex* article 5.a of TRLET. Its omission would

justify the company's non-observance of the duty to provide reasonable accommodation, which could be extended until, within a prudential period, it is demonstrated that the situation of the worker is identified with the concept of person with a disability. However, disability sometimes can be easily noticeable, and in such circumstances, the employer will be obliged to adopt appropriate measures in order to allow the worker to continue working, without requiring an express notice from the employee.

Given the difficulties of the lack of regulation regarding the knowledge of disability, it would be advisable to introduce an administrative or judicial procedure to determine if a worker can be a person with disability *ex* Article 4.1 of the LGDPCD. Taking into account STJUE of 1 December 2016, Daouidi, C-395/15, EU: C: 2016: 917, it would be preferable for this examination to be carried out by the territorially competent court, as this would facilitate the resolution of an hypothetical claim related to the extinction, and in turn, grant the necessary guarantees in terms of privacy regarding the treatment of the worker's medical information. For this reason, the judicial review should assess the functions of the job performed by the worker so far, the existence of physical, mental, intellectual or sensory impairment, their interaction in the professional field in order to detect the limitations that hinder the professional participation of the worker, and its long-term nature. Furthermore, the judicial review should be based on all the objective elements available, in particular, in documents and certificates related to the status of that person, written in accordance with current medical and scientific knowledge and data.

16. The expression "adequate measures" is the concretion of "reasonable accommodation" in the field of work and employment, and includes the review of reasonableness, integrating the interpretation of article 66.2 of the LGDPCD.

The Spanish legal system includes the expression "adequate measures" within the framework of article 40.2 of the LGDPCD. This option has been very frequent in the European scenario (Holland, France and Ireland) and puts the focus on the effectiveness of the accommodation. In this regard, the adequacy of the measure implies the concept of reasonableness, since the need to assess whether the

measure is a disproportionate burden constitutes the examination of the reasonableness of the accommodation. Thus, the expression "reasonable accommodation" means the denomination of the business duty (article 2.m. of the LGDPCD), and the term "adequate measures" is its material specification in the field of work and employment (article 40.2 of the LGDPCD).

Regarding reasonableness, a correct interpretation of article 40.2 of the LGDPCD requires an examination of the parameters of article 66.2 of the LGDPCD. The term "adequate" establishes the elements of analysis of the duty to provide reasonable accommodation, and requires the examination of two specific questions: a) the reasonableness of the measure, and b) the analysis regarding the disproportionate burden. Article 66.2 of the LGDPCD provides basic guidelines for the interpretation of the reasonableness of the measure, and allows its application in all areas in which it is required to provide reasonable accommodation, including article 40.2 of the LGDPCD. In effect, the location of article 66.2 of the LGDPCD lies outside the different rights that regulate the LGDPCD, a circumstance that demonstrates its function of clarifying the meaning of reasonableness in the two modalities of the aforementioned duty established by the LGDPCD. At this point, it would be very useful to establish a normative connection between both precepts, so that the application of article 66.2 of the LGDPCD would not generate any doubt within the framework of the interpretation of article 40.2 of the LGDPCD. Thus, for example, the first paragraph of article 66.2 of the LGDPCD could be included between the first and second paragraphs of article 40.2 of the LGDPCD, in order to assess the reasonableness of the accommodation.

17. The characterization of appropriate measures integrates structural, organizational and educational accommodations, and will require an initial assessment of the worker's needs.

The specific actions that may be carried out as "adequate measures" will be physical, organizational or educational, closely connected to the execution of professional tasks and the worker's disability. Although article 40.2 of the LGDPCD

does not include this triple category, its classification is derived from recital 20 of Directive 2000/78 and paragraph 49 of the STJUE of 11 April 2016, HK Danmark, C-335/11 and C-337/11 and C-337/11, EU: C: 2013: 222.

The physical, organizational or educational nature of the measures requires highlighting the importance of carrying out an initial evaluation that detects the necessary accommodation in each specific situation, an issue not regulated in Spain. At this point, it would be advisable to regulate a procedure including guidelines for the detection of the most convenient adjustment and a dispute resolution system for conflicts arising from the disagreement in the accommodation to be made. Moreover, it is appropriate to suggest the convenience of allowing the intervention of the labour Inspection and implementing a similar system to that of the so-called "interactive process". This American institution has offered a participatory space in which to agree consensually on the measures to be taken in compliance with the duty to provide reasonable accommodation.

18. The Spanish configuration of the duty to provide reasonable accommodation includes reasonableness as a limit, defined in article 66.2 of the LGDPCD.

The reasonableness of the accommodation pinpoints those adaptations that may be required from the employer within the framework of the duty under study. It is an objective parameter that acts as a filter, offering an *ad casum* flexibility that gives a wide margin of interpretation to the parties, but sacrificing legal security to operators. Another characteristic of the reasonable nature of the accommodation is the indeterminacy of its definition at an international and European level, since countries at the forefront such as the United States of America, Canada or the United Kingdom have not legally defined the meaning of reasonableness. At this point, Spain has been a pioneering country in defining the circumstances for assessing the reasonableness of the accommodation, and legalizing them within the framework of article 66.2 of the LGDPCD, although it would be necessary to formally connect it with article 40.2 of the LGDPCD. This has been an atypical distinction at a European and an international level, since the valuation of the

reasonableness conditions is different from that of disproportionate burden. It signifies that the correct compliance of the aforementioned duty must value the reasonableness and the disproportionate burden.

19. The determination of disproportionate burden, which shall be interpreted in a restrictive way, needs a legal development to guide its interpretation.

Disproportionate burden is a legal exemption from compliance with the duty to provide reasonable accommodation in the workplace of people with disabilities. The analysis of the conditions of the disproportionate burden will always be subsequent to and independent from the reasonableness of the adjustment, given that it should only be examined in those cases in which the selected accommodation is considered reasonable. Its exceptional nature requires a restrictive interpretation of its elements. This circumstance entails, for practical purposes, the need to create some substantive and procedural rules in relation to the proof of the existence of disproportionate burden. In particular, it would require the inclusion of three aspects that must be weighed *ab abstracto*: a) the assessment of the business performance regarding the diagnosis of the necessary accommodation, which would include determining if the company's conduct obeys the rules of good faith; b) the reasons that assume that the reasonable accommodation is not being carried out by the employer, fact that must be connected with the diligence shown by the employer from the beginning of the accommodation request until the employer's refusal; and, c) the validity of the substantive reasons that justify the non-realization of the necessary reasonable accommodation. Furthermore, it would be advisable to add some procedural prescription, such as the requirement that the existence of the disproportionate burden be admitted only if it can be tested on current objective elements, thus preventing the possibility of appreciating it hypothetically.

However, the configuration of the disproportionate burden presents a lack of definition in its circumstances, to which one must add the non-clarification of essential questions in the examination of the disproportionate burden, such as how much time can be acceptable in order to assess the existence of

disproportionate burden or the possibility of reviewing the consideration of disproportionate burden after a temporary lapse and under what circumstances.

20. The circumstances that determine the disproportionate burden are not limited to those set out legally, as a broad interpretation of article 5 of Directive 2000/78 admits the incorporation of other circumstances.

The circumstances that make up the disproportionate burden are defined in article 40.2 of the LGDPCD, namely public funding for the employment of people with disabilities, as well as the financial and other costs that the measures imply and the size and the total turnover of the organization or company. However, the list of conditions is not legally limited, and the incorporation of other parameters could be admitted in order to assess the existence of disproportionate burden. This interpretation relies on recital 21 of Directive 2000/78, which uses the word "particularly", and the expansive interpretation of reasonable accommodation advocated under paragraphs 53 and 54 of the STJUE of 11 April 2013, HK Danmark, C-335/11 and C-337/11, EU: C: 2013: 222. All this allows the use of other circumstances for the determination of disproportionate burden, being able to use, for example, the number of employees hired by the employer; the moral impact that this entails for the worker who requests the accommodation; the time that elapses between the request for the accommodation and the execution thereof; the requirement of the accommodation if it is required by another law; the duration of the employment contract of the worker with disability or the examination of the compliance of the employer regarding other measures for achieving equal opportunities for people with disabilities (quota).

21. The circumstances that compose the disproportionate burden require a legal development that integrates its assessment with the particularities of the Spanish legal system.

The different circumstances that constitute the disproportionate burden have been transposed into the Spanish legal system without proceeding to its normative development. Spain has transposed the aforementioned conditions by including it

in article 40.2 of LGDPCD, but without specifying their effects and / or their interrelation.

In particular, the perception of public measures, aids or subsidies for people with disabilities does not include the incidence of the main incentives for the employment of people with disabilities and the impact of the subsidy for the adaptation of workplace of people with disabilities (article 1.2 of the Order of 13 April 1994). In addition, public subsidies have not been updated, which harms the fulfilment of the duty under study because it does not mitigate the qualification as disproportionate to the accomplishment of reasonable accommodation. Consequently, it extends the potentiality of the valuation of the workplace accommodation as disproportionate.

Regarding financial and other costs, Spain has not wanted a limitation shows a to a purely economic dimension, since the incorporation of the clause "*and of another type*" integrates the need to carry out a total examination of the costs of the accommodation. This conception is especially positive, surpassing other countries that have shown themselves to be more in the forefront in protecting the rights of persons with disabilities but which have not incorporated this expression, such as the United States of America, Canada and the United Kingdom. However, it lacks a conceptualization of what costs can be included in this category, nor it has not been specified how the adjustment costs should be valued with regard to the possible benefits of the concrete accommodation, as well as guidelines for the interpretation of both categories within the framework of the determination of disproportionate burden. Thereupon, the disproportionate burden focuses its attention on a limited perspective of the business environment, thus avoiding the comparison between the effects of accommodation and costs.

Finally, the size and total business volume of the company includes the diversity of the existing business fabric within the framework of this duty, and this must be positively highlighted. However, there are some aspects directly connected with the assessment of the disproportionate burden that should be included in article 40.2 of LGDPCD. As interesting examples, the lack of definition of both

expressions, the absence of prohibitions to assess future reductions of income as justification for the existence of disproportionate burden, the legal omission of groups of enterprises or the non-inclusion of circumstances such as the financial economic situation of the organization, are just a few of them.

22. The breach of the duty to provide reasonable accommodation in the workplace for people with disabilities is discriminatory business behaviour, which must be categorized as *sui generis* discrimination.

The characterization of the breach of the duty to provide reasonable accommodation is found in article 63 of the LGDPCD, which conceptualizes it as the conduct that violates the right to equal opportunities of people with disabilities. It does not seem to clarify whether the breach can be qualified as discriminatory, but an interpretation in light of article 2 of the CRPD, which qualifies the non-performance of reasonable accommodation as a form of discrimination, makes it possible to affirm its consideration as discriminatory.

However, the problems appear in relation to the meaning of the breach itself, since the LGDPCD does not specify whether it includes mere business omission or requires an express denial to sustain the breach of the duty. Taking into account the importance of the aforementioned duty for the promotion and maintenance of employment for people with disabilities, a broad interpretation must be adopted. It means that a breach of the duty to provide reasonable accommodation will occur when the employer has explicitly refused to carry out the accommodation and also an employer's omission regarding this duty. At this point, it would be convenient to clarify that the lack of interest of the employer in searching for the most appropriate accommodation should also be incorporated as a breach of the duty.

The breach of the business duty under study must be categorized as *sui generis* discrimination, it not being possible to qualify it as direct or indirect discrimination. This idea is based on article 2 of the CRPD, which defines the expression "discrimination based on disability", as that which includes all forms of discrimination, including denial of reasonable accommodation. It clarifies that the breach of the mentioned business duty is a form of independent discrimination,

and is separated from the two classic categories that have been previously mentioned. In fact, the Spanish legal configuration of the aforementioned duty confirms this approach, since it explicitly detaches the breach of this duty from direct and indirect discrimination based on disability, ex article 63 of the LGDPCD.

23. The most important consequences resulting from the breach of the obligation to provide reasonable accommodation in the workplace of people with disabilities are the void declaration of the decisions related to the refusal to provide reasonable accommodation and the imposition of sanctions for the employer's behaviour.

The first consequence of the breach of the duty under study is the void declaration of all the employer's decisions, clauses of collective agreements, individual agreements or unilateral decisions of the employer that contribute or are related to the breach of the aforementioned duty. This consequence is derived from article 63 of the LGDPCD, and it can extend its effects to all those decisions closely connected to the duty to provide reasonable accommodation. The main reason of that argument is based on the aim of the duty, which is that of maintaining the employment of persons with disabilities. In this way, the omission or non-observance of the duty to provide reasonable accommodation, which is a discriminatory action, expands its effects -the void declaration- to business decisions aimed at extinguishing the employment contract of people with disabilities, since the compulsory nature of the duty implies searching for the adequate measures to maintain employment.

However, the legislator does not clarify if the fulfilment of the obligation could be examined *ex officio*, or whether, on the contrary, the worker's request will always be required to assess the effects of non-compliance of the aforementioned duty. The European and Spanish configuration of the duty to provide reasonable accommodation is designed as an employer obligation. For that reason, the judicial review of its compliance can be done *ex officio*, even in those cases in which the worker has not requested it.

Lastly, another of the effects of the breach of the duty to provide reasonable accommodation will be the payment of a certain amount as a penalty or sanction. This issue is regulated in LISOS, ex the seventh additional provision of the LGDPCD, even though title III of the LGDPCD (articles 78 to 88) establishes the infractions and sanctions that guarantee the basic conditions in terms of equality of opportunities, non-discrimination and universal accessibility for people with disabilities.

Nevertheless, the application of article 8.12 of the LISOS is totally disconnected from the aforementioned obligation, and not only due to the lack of explicit references of the breach of the duty under study in the framework of the LISOS, but also because of the embodiment of the type of discrimination that is carried out in this law (direct and indirect discrimination). This circumstance excludes the possibility of sanctioning under the LISOS, and requires an urgent normative amendment. In this regard, there are two options: a) rectifying the seventh additional provision of the LGDPCD; or, b) the explicit inclusion of the breach of the duty to provide reasonable accommodation within the framework of article 8.12 of the LISOS. The second alternative seems the most appropriate, since the wording of the seventh additional provision of the LGDPCD would remain intact, thus remitting the examination of these breaches to the Labour Inspection, and it would be consistent with the formulation of the violation of the right to equal opportunities provided for in article 63 of the LGDPCD.

24. Discrimination based on disability and the duty to provide reasonable accommodation in the workplace for people with disabilities at the judicial level have not yet been addressed by Spanish courts in the terms proposed by the social paradigm of disability.

The Spanish judicial scenario presents an increasingly integrating evolution, but not of the same level as that of the CJEU, which has done an excellent job in the judicial implementation of the social model of disability. Unfortunately, the duty to provide reasonable accommodation has not been a trending topic in the social jurisdiction, or even in the framework of judgments that have analyzed the concept of person with disability. The impact of the CJEU in the Spanish legal system has

not yet displayed its full potential. A good example of this statement is that only two judgments has been issued by the Spanish Supreme Court on this issue after the STJUE of 11 April 2013, HK Danmark, C-335/11 and C-337/11, EU: C: 2013: 222, which were the STS of 3th May of 2016 (Rec. 3348/2014) and STS of 22th February of 2018 (Rec.160/2016). Thus, the aforementioned duty has gone completely unnoticed, overshadowed by the examination of the classification of dismissal in a situation of temporary incapacity, and the distinction between sickness and disability. These two issues have caught the attention of the Spanish courts, avoiding a true judicial implementation of the social model of disability.

25. Spain has not integrated the duty to provide reasonable accommodation in the types of dismissals that may have a special impact on people with disabilities.

The transposition of the duty to provide reasonable accommodation to the Spanish legal system occurred simply through its literal reproduction in Spanish legislation, without modifying other key institutions to ensure its effectiveness and compliance. This circumstance shows problems of compatibility with dismissals based on the inability of the worker to continue providing services, namely the termination of the employment contract for the recognition of a permanent incapacity at the degree of *gran invalidez*, *total* or *absoluta* (article 49.1.e of TRLET); the objective extinction of the work contract due to the ineptitude of the worker known or coming after his or her effective placement in the company (article 52.a of TRLET) and the objective extinction of the work contract due to intermittent absences from work, even if justified (article 52.d of TRLET).

The incompatibility of all of them regarding the duty under study arises as a consequence of their characterization as a control prior to extinction. This is a very important issue in the context of extinctions, since the consequence of non-compliance with the duty to provide reasonable accommodation is its consideration as discriminatory behavior, under Article 2 of the CRPD and Article 63 of the LGDPCD. In these situations, it would be advisable to integrate the attempt to comply with the duty to provide reasonable accommodation as a preliminary step in the aforementioned extinction modalities, since currently this

business duty does not display one of its main purposes, which is the maintenance of employment.

26. The integration of the duty to provide reasonable accommodation in the workplace for people with disabilities within the framework of article 49.1.e of TRLET in a situation of permanent incapacity at a degree of “*gran invalidez*” and “*absoluta*” would require reinterpreting the concept “non-compatible activities”.

The duty under study does not act as a prior control to the termination provided in article 49.1.e of the TRLET in the cases of permanent incapacity at a degree of “*gran invalidez*” and “*absoluta*”. However, it shows some interesting interactions with the duty to provide reasonable accommodation, in relation to access to employment and the provision of services of workers in a situation of permanent incapacity at a degree of “*gran invalidez*” or “*absoluta*”. In this regard, these workers can demand the observance of the aforementioned duty, because of the assimilation to the concept of person with disability ex article 4.2 of the LGDPCD.

In situations of permanent incapacity at the degree of “*gran invalidez*” or “*absoluta*”, the requirement of the duty to provide reasonable accommodation in the workplace occupied by these workers would be limited to those professional functions that are related to the situation that generates the disability. That connection is a condition required from the assimilation to the concept of person with disability, and an interpretation in the light of CRPD and Directive 2000/78, shows that the potential of the aforementioned duty can convert apparently incompatible activities into compatible ones. Thus, it would allow the exercise of the right to work of those who are in a situation of permanent incapacity at a degree of “*gran invalidez*” or “*absoluta*”, ex article 35 of the C.E.

27. The integration of the obligation to provide reasonable accommodation to workers in a situation of permanent incapacity at a degree of “*total*” acts as a prior control within the framework of the extinction provided in article 49.1.e of TRLET.

In the cases of workers in a situation of permanent incapacity at a degree of “*total*”, the impact of the aforementioned duty is limited exclusively to the performance of professional tasks that present some kind of connection or coincidence with the duties that generated the recognition of the permanent incapacity. The reasonableness of the accommodation limits its requirement to those functions that are close or shared in relation to the usual profession that grant the status of a person with a disability. In such cases, the duty to provide reasonable accommodation will act as a necessary step prior to the extinction of the employment contract through article 49.1.e of TRLET.

28. The anti-discrimination protection offered by the obligation to provide reasonable accommodation in the workplace for people with disabilities has not been integrated in article 52.a of TRLET nor in 52.d. TRLET, which translates into the lack of adaptation of the Spanish legal system to the CRPD.

Dismissal due to ineptitude and intermittent absences from work, even if justified, as regulated in articles 52.a and 52.d of TRLET, have not integrated the duty under study, as it happens with other extinction modalities that may have a special impact on people with disabilities.

Regarding article 52.a of the TRLET, the anti-discriminatory protection of the duty to provide reasonable accommodation has not been transferred into the framework of this cause of extinction, contrary to what happened with the preventive protection, which was integrated by viewing the extinction as a subsidiary action regarding the adaptation of the job for health and safety reasons.

At this point, the current configuration of the aforementioned extinction modality shows problems of compatibility with the CRPD, which rejects concepts such as worker's ineptitude, since the accommodation is conceived as a solution to adapt the workplace to the worker's capabilities. Article 52.a of the TRLET does not seek to create an inclusive and accessible labour market for people with disabilities, since it allows the extinction in those cases in which disability appears during the employment relationship. This circumstance breaks the equality of conditions in

the work and employment *ex* article 27 of the CRPD, because it allows the employer to terminate the employment contract based on the worker's disability.

Regarding article 52.d of TRLET, it keeps absolute silence in relation to the duty under study. It is surprising how this article has not been modified yet, not only because of the lack of inclusion of the concept of person with disability as a result of the ratification of the CRPD, but because of the special incidence of the duty to provide reasonable accommodation in these situations. The possibility of terminating the employment contract without requiring the adoption of appropriate measures is clearly contrary to the social paradigm claimed by the CRPD, which appeals to labour integration and maintaining employment for people with disabilities *ex* article 27.1.a and 27.1. e of the CRPD.

Therefore, Spain has not adapted its legal system to the CRPD. It would be convenient to modify articles 52.a and 52.d of TRLET, including the duty to provide reasonable accommodation as a condition to terminate with the employment contract, under penalty of the business decision being ruled void.

29. The Spanish configuration of the duty under study requires an urgent regulatory development, as well as the creation of an administrative body with the power to initiate legal and administrative actions in cases of discrimination based on disability.

The Spanish configuration of the duty to provide reasonable accommodation in the workplace for persons with disabilities fails to address some important aspects for the full effectiveness of this equal opportunity mechanism. Issues such as the initial evaluation of the appropriate measures, how the compliance of this duty should be carried out, how to proceed in case of disagreement between employer and employee regarding the measures to be adopted, the determination of the disproportionate burden, the assessment of the circumstances of the disproportionate burden or the consequences of the breach of the aforementioned duty are among those that must be clarified. The lack of a regulatory development of this duty hinders its correct implementation and reduces its integrating effects, especially with regard to execution times, the detection and discussion of the most

appropriate measures and the resolution of possible disputes that may appear during the compliance of the duty.

As a suggestion, the adoption of a system similar to “interactive process”, established in the United States, could be a good solution. Its advantages in a hypothetical implementation in the Spanish legal system translate, essentially, into the incorporation of a process that would make it possible to formalize the execution of the fulfilment of the duty in all its stages and promote consensus on the reasonable adjustment to be made, documenting the compliance of the duty and facilitating the examination in the courts.

Furthermore, the creation of a body responsible for the protection of people with disabilities is another proposal to ensure the effective implementation of the duty under study. The current system does not allow a safeguard of the integration of people with disabilities in employment, and it would be advisable to create an administrative body. This agency could supervise the process of compliance with the duty to provide reasonable accommodation, sanction its non-compliance, and it would have the possibility of initiating legal actions *ex officio* arising from the breach of the obligation examined in this work. At this point, the United States of America serve as a good reference, because the EEOC, which is the agency dependent on the federal government responsible for these tasks, has played an essential role in protecting the rights of people with disabilities.

ANEXOS

ANEXO A.1. LINKS DE ACCESO A LA NORMATIVA DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Equal Employment Opportunity Act of 1972 (EEOA)

https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eeo_1972.html

- Sección 3

[...]

(7) After subsection (i) insert the following new subsection (j): "(j) The term 'religion' includes all aspects of religious observance and practice, as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee's or prospective employee's religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer's business."

Rehabilitation Act of 1973

- Sección 503 "Employment under Federal Contracts"

https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/rehab_act-1973.html

"Employment Under Federal Contracts

Sec. 502. (a) Any contract in excess of \$2,500 entered into by any federal department or agency for the procurement of personal property and nonpersonal services (including construction) for the united states shall contain a provision requiring that, in employing persons to carry out such contract the party contracting with the united states shall take affirmative action to employ and advance in employment qualified handicapped individuals as defined in section 7 (b). The provisions of this section shall apply to any subcontract in excess of \$2,500 entered into by a prime contractor in carrying out any contract for the procurement of personal property and nonpersonal services (including construction) for the United States. The president shall implement the provisions of this section by promulgating regulations within ninety days after the date of enactment of this section.

(b) If any handicapped individual believes any contractor has failed or refuses to comply with the provisions of his contract with the United States, relating to

employment of handicapped individuals, such individual may file a complaint with the department of labor. The department shall promptly investigate such complaint and shall take such action thereon as the facts and circumstances warrant, consistent with the terms of such contract and the laws and regulations applicable thereto.

(c) The requirements of this section may be waived, in whole or in part, by the president with respect to a particular contract or subcontract, in accordance with guidelines set forth in regulations which he shall prescribe, when he determines that special circumstances in the national interest so require and states in writing his reasons for such determination”.

Rehabilitation, Comprehensive Services, and Developmental Disabilities Amendments of 1978

- Sección 120 “*Nondiscrimination Provisions; Interagency Council; Secretarial Duties*”

https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/rehab_amendments_1978.html

“REMEDIES AND ATTORNEYS' FEES

Sec. 505. (a)(1) The remedies, procedures, and rights set forth in section 717 of the Civil Rights Act of 1964 // 29 USC 794a // (42 U. S.C. 2000e-16), including the application of sections 706 (f) through 706 (k) (42 U.S.C. 2000e-5 (f) through (k)), shall be available, with respect to any complaint under section 501 of this Act, to any employee or applicant for employment aggrieved by the final disposition of such complaint, or by the failure to take final action on such complaint. In fashioning an equitable or affirmative action remedy under such section, a court may take into account the reasonableness of the cost of any necessary work place accommodation, and the availability of alternatives therefor or other appropriate relief in order to achieve an equitable and appropriate remedy.

“(2) The remedies, procedures, and rights set forth in title VI of the Civil Rights Act of 1964 shall be available to any person aggrieved by any act or failure to

act by any recipient of Federal assistance or Federal provider of such assistance under section 504 of this Act.

"(b) In any action or proceeding to enforce or charge a violation of a provision of this title, the court, in its discretion, may allow the prevailing party, other than the United States, a reasonable attorney's fee as part of the costs.

[...]"

Unites States Code (U.S.C)

- Título 42 "The Public Health and Welfare"

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42>

- Capítulo 21 "Civil Rights"

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/chapter-21>

- Sección 1981 "*Equal rights under the law*"

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/1981>

"(a) Statement of equal rights

All persons within the jurisdiction of the United States shall have the same right in every State and Territory to make and enforce contracts, to sue, be parties, give evidence, and to the full and equal benefit of all laws and proceedings for the security of persons and property as is enjoyed by white citizens, and shall be subject to like punishment, pains, penalties, taxes, licenses, and exactions of every kind, and to no other".

- Sección 1981.a.3 "*Damages in cases of intentional discrimination in employment*"

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/1981a>

"(a) Right of recovery

[...]

(3) Reasonable accommodation and good faith effort

In cases where a discriminatory practice involves the provision of a reasonable accommodation pursuant to section 102(b)(5) of the Americans with Disabilities Act of 1990 [42 U.S.C. 12112(b)(5)] or regulations implementing section 791 of title 29, damages may not be awarded under this section where the covered entity

demonstrates good faith efforts, in consultation with the person with the disability who has informed the covered entity that accommodation is needed, to identify and make a reasonable accommodation that would provide such individual with an equally effective opportunity and would not cause an undue hardship on the operation of the business.

(b) Compensatory and punitive damages

(1) Determination of punitive damages

A complaining party may recover punitive damages under this section against a respondent (other than a government, government agency or political subdivision) if the complaining party demonstrates that the respondent engaged in a discriminatory practice or discriminatory practices with malice or with reckless indifference to the federally protected rights of an aggrieved individual.

(2) Exclusions from compensatory damages

Compensatory damages awarded under this section shall not include backpay, interest on backpay, or any other type of relief authorized under section 706(g) of the Civil Rights Act of 1964 [42 U.S.C. 2000e–5(g)].

(3) Limitations

The sum of the amount of compensatory damages awarded under this section for future pecuniary losses, emotional pain, suffering, inconvenience, mental anguish, loss of enjoyment of life, and other nonpecuniary losses, and the amount of punitive damages awarded under this section, shall not exceed, for each complaining party—

(A) in the case of a respondent who has more than 14 and fewer than 101 employees in each of 20 or more calendar weeks in the current or preceding calendar year, \$50,000;

(B) in the case of a respondent who has more than 100 and fewer than 201 employees in each of 20 or more calendar weeks in the current or preceding calendar year, \$100,000; and

(C) in the case of a respondent who has more than 200 and fewer than 501 employees in each of 20 or more calendar weeks in the current or preceding calendar year, \$200,000; and

(D) in the case of a respondent who has more than 500 employees in each of 20 or more calendar weeks in the current or preceding calendar year, \$300,000.

[...]”

- Sección 2000.e-5.g *“Damages in cases of intentional discrimination in employment”*

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/2000e%E2%80%935>

“(g) Injunctions; appropriate affirmative action; equitable relief; accrual of back pay; reduction of back pay; limitations on judicial orders

(1) If the court finds that the respondent has intentionally engaged in or is intentionally engaging in an unlawful employment practice charged in the complaint, the court may enjoin the respondent from engaging in such unlawful employment practice, and order such affirmative action as may be appropriate, which may include, but is not limited to, reinstatement or hiring of employees, with or without back pay (payable by the employer, employment agency, or labor organization, as the case may be, responsible for the unlawful employment practice), or any other equitable relief as the court deems appropriate. Back pay liability shall not accrue from a date more than two years prior to the filing of a charge with the Commission. Interim earnings or amounts earnable with reasonable diligence by the person or persons discriminated against shall operate to reduce the back pay otherwise allowable.

(2)

(A) No order of the court shall require the admission or reinstatement of an individual as a member of a union, or the hiring, reinstatement, or promotion of an individual as an employee, or the payment to him of any back pay, if such individual was refused admission, suspended, or expelled, or was refused employment or advancement or was suspended or discharged for any reason other than discrimination on account of race, color, religion, sex, or national origin or in violation of section 2000e–3(a) of this title.

(B) On a claim in which an individual proves a violation under section 2000e–2(m) of this title and a respondent demonstrates that the respondent would have taken the same action in the absence of the impermissible motivating factor, the court—

(i) may grant declaratory relief, injunctive relief (except as provided in clause (ii)), and attorney’s fees and costs demonstrated to be directly attributable only to the pursuit of a claim under section 2000e–2(m) of this title; and

(ii) shall not award damages or issue an order requiring any admission, reinstatement, hiring, promotion, or payment, described in subparagraph (A)”.

- Capítulo 126 “Equal Opportunity for Individuals with Disabilities”

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/chapter-126>

- Sección 12102 “Definition of Disability”

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/12102>

“(1) Disability. The term “disability” means, with respect to an individual—

(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)).

(2) Major life activities

(A) In general

For purposes of paragraph (1), major life activities include, but are not limited to, caring for oneself, performing manual tasks, seeing, hearing, eating, sleeping, walking, standing, lifting, bending, speaking, breathing, learning, reading, concentrating, thinking, communicating, and working.

(B) Major bodily functions

For purposes of paragraph (1), a major life activity also includes the operation of a major bodily function, including but not limited to, functions of the immune system, normal cell growth, digestive, bowel, bladder, neurological, brain, respiratory, circulatory, endocrine, and reproductive functions.

(3) Regarded as having such an impairment. For purposes of paragraph (1)(C):

(A) An individual meets the requirement of “being regarded as having such an impairment” if the individual establishes that he or she has been subjected to an action prohibited under this chapter because of an actual or perceived physical or mental impairment whether or not the impairment limits or is perceived to limit a major life activity.

(B) Paragraph (1)(C) shall not apply to impairments that are transitory and minor. A transitory impairment is an impairment with an actual or expected duration of 6 months or less.

(4) Rules of construction regarding the definition of disability. The definition of “disability” in paragraph (1) shall be construed in accordance with the following:

(A) The definition of disability in this chapter shall be construed in favor of broad coverage of individuals under this chapter, to the maximum extent permitted by the terms of this chapter.

(B) The term “substantially limits” shall be interpreted consistently with the findings and purposes of the ADA Amendments Act of 2008.

(C) An impairment that substantially limits one major life activity need not limit other major life activities in order to be considered a disability.

(D) An impairment that is episodic or in remission is a disability if it would substantially limit a major life activity when active.

(E)

(i) The determination of whether an impairment substantially limits a major life activity shall be made without regard to the ameliorative effects of mitigating measures such as—

(I) medication, medical supplies, equipment, or appliances, low-vision devices (which do not include ordinary eyeglasses or contact lenses), prosthetics including limbs and devices, hearing aids and cochlear implants or other implantable hearing devices, mobility devices, or oxygen therapy equipment and supplies;

(II) use of assistive technology;

(III) reasonable accommodations or auxiliary aids or services;
or

(IV) learned behavioral or adaptive neurological modifications.

(ii) The ameliorative effects of the mitigating measures of ordinary eyeglasses or contact lenses shall be considered in determining whether an impairment substantially limits a major life activity.

(iii) As used in this subparagraph—

(I) the term “ordinary eyeglasses or contact lenses” means lenses that are intended to fully correct visual acuity or eliminate refractive error; and

(II) the term “low-vision devices” means devices that magnify, enhance, or otherwise augment a visual image”.

- Sección 12111 “Definitions”

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/12111>

“[...]”

(5) Employer

(A) In general

The term “employer” means a person engaged in an industry affecting commerce who has 15 or more employees for each working day in each of 20 or more calendar weeks in the current or preceding calendar year, and any agent of such person, except that, for two years following the effective date of this subchapter, an employer means a person engaged in an industry affecting commerce who has 25 or more employees for each working day in each of 20 or more calendar weeks in the current or preceding year, and any agent of such person.

(B) Exceptions. The term “employer” does not include—

- (i) the United States, a corporation wholly owned by the government of the United States, or an Indian tribe; or*
- (ii) a bona fide private membership club (other than a labor organization) that is exempt from taxation under section 501(c) of title 26.*

[...]

(9) Reasonable accommodation. The term “reasonable accommodation” may include—

- (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.*

(10) Undue hardship

(A) In general

The term “undue hardship” means an action requiring significant difficulty or expense, when considered in light of the factors set forth in subparagraph (B).

(B) Factors to be considered In determining whether an accommodation would impose an undue hardship on a covered entity, factors to be considered include—

(i) the nature and cost of the accommodation needed under this chapter;

(ii) the overall financial resources of the facility or facilities involved in the provision of the reasonable accommodation; the number of persons employed at such facility; the effect on expenses and resources, or the impact otherwise of such accommodation upon the operation of the facility;

(iii) the overall financial resources of the covered entity; the overall size of the business of a covered entity with respect to the number of its employees; the number, type, and location of its facilities; and

(iv) the type of operation or operations of the covered entity, including the composition, structure, and functions of the workforce of such entity; the geographic separateness, administrative, or fiscal relationship of the facility or facilities in question to the covered entity”.

- Sección 12112.b.5 “Definitions”

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/12112>

“(b) Construction. As used in subsection (a), the term “discriminate against a qualified individual on the basis of disability” includes—

(5)

(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;”

Code of Federal Regulations (C.F.R.)

<https://www.law.cornell.edu/cfr/text>

- Título 29 “*Labor*”

<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29>

- Capítulo 24 “*Equal Employment Opportunity Commission*”

<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/chapter-XIV>

- Sección 1601.8 “*Where to make a charge*”

<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/1601.8>

“A charge may be made in person or by mail at any office of the Commission or with any designated representative of the Commission. The addresses of the Commission's offices appear in § 1610.4.”

- Sección 1601.13.a.1 “*Filing; deferrals to State and local agencies*”

<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/1601.13>

“(a) Initial presentation of a charge to the Commission.

(1) Charges arising in jurisdictions having no FEP agency are filed with the Commission upon receipt. Such charges are timely filed if received by the Commission within 180 days from the date of the alleged violation.

[...]”

- Sección 1605.1 “*Religious nature of a practice or belief*”

<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/1605.1>

“In most cases whether or not a practice or belief is religious is not at issue. However, in those cases in which the issue does exist, the Commission will define religious practices to include moral or ethical beliefs as to what is right and wrong which are sincerely held with the strength of traditional religious views. This standard was developed in United States v. Seeger, 380 U.S. 163 (1965) and Welsh v. United States, 398 U.S. 333 (1970). The Commission has consistently applied this standard in its decisions. 1 The fact that no religious group espouses such beliefs or the fact that the religious group to which the individual professes to belong may not accept such belief will not determine whether the belief is a religious belief of the employee or prospective employee. The phrase “religious practice” as used in these Guidelines includes both religious observances and practices, as stated in section 701(j), 42 U.S.C. 2000e(j).”

- Sección 1605.2 *“Reasonable accommodation without undue hardship as required by section 701(j) of title VII of the Civil Rights Act of 1964”*

<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/1605.2>

“(a) Purpose of this section. This section clarifies the obligation imposed by title VII of the Civil Rights Act of 1964, as amended, (sections 701(j), 703 and 717) to accommodate the religious practices of employees and prospective employees. This section does not address other obligations under title VII not to discriminate on grounds of religion, nor other provisions of title VII. This section is not intended to limit any additional obligations to accommodate religious practices which may exist pursuant to constitutional, or other statutory provisions; neither is it intended to provide guidance for statutes which require accommodation on bases other than religion such as section 503 of the Rehabilitation Act of 1973. The legal principles which have been developed with respect to discrimination prohibited by title VII on the bases of race, color, sex, and national origin also apply to religious discrimination in all circumstances other than where an accommodation is required.

(b) Duty to accommodate.

*(1) Section 701(j) makes it an unlawful employment practice under section 703(a)(1) for an employer to fail to reasonably accommodate the religious practices of an employee or prospective employee, unless the employer demonstrates that accommodation would result in undue hardship on the conduct of its business. See *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63, 74 (1977).*

(2) Section 701(j) in conjunction with section 703(c), imposes an obligation on a labor organization to reasonably accommodate the religious practices of an employee or prospective employee, unless the labor organization demonstrates that accommodation would result in undue hardship.

(3) Section 1605.2 is primarily directed to obligations of employers or labor organizations, which are the entities covered by title VII that will most often be required to make an accommodation. However, the principles of § 1605.2 also apply when an accommodation can be required of other entities covered by title VII, such as employment agencies (section 703(b)) or joint labor-management committees controlling apprenticeship or other training or retraining (section 703(d)). (See, for example, § 1605.3(a) "Scheduling of Tests or Other Selection Procedures.")

(c) Reasonable accommodation.

(1) After an employee or prospective employee notifies the employer or labor organization of his or her need for a religious accommodation, the employer or labor organization has an obligation to reasonably accommodate the individual's religious practices. A refusal to accommodate is justified only when an employer or labor organization can demonstrate that an undue hardship would in fact result from each available alternative method of accommodation. A mere assumption that many more people, with the same religious practices as the person

being accommodated, may also need accommodation is not evidence of undue hardship.

(2) When there is more than one method of accommodation available which would not cause undue hardship, the Commission will determine whether the accommodation offered is reasonable by examining:

(i) The alternatives for accommodation considered by the employer or labor organization; and

(ii) The alternatives for accommodation, if any, actually offered to the individual requiring accommodation. Some alternatives for accommodating religious practices might disadvantage the individual with respect to his or her employment opportunities, such as compensation, terms, conditions, or privileges of employment. Therefore, when there is more than one means of accommodation which would not cause undue hardship, the employer or labor organization must offer the alternative which least disadvantages the individual with respect to his or her employment opportunities.

(d) Alternatives for accommodating religious practices.

(1) Employees and prospective employees most frequently request an accommodation because their religious practices conflict with their work schedules. The following subsections are some means of accommodating the conflict between work schedules and religious practices which the Commission believes that employers and labor organizations should consider as part of the obligation to accommodate and which the Commission will consider in investigating a charge. These are not intended to be all-inclusive. There are often other alternatives which would reasonably accommodate an individual's religious practices when they conflict with a work schedule. There are also employment practices besides work scheduling which may conflict with religious practices and cause an individual to request an accommodation. See, for example, the Commission's finding number (3) from its Hearings on Religious Discrimination, in appendix A to §§

1605.2 and 1605.3. The principles expressed in these Guidelines apply as well to such requests for accommodation.

(i) Voluntary Substitutes and “Swaps”.

Reasonable accommodation without undue hardship is generally possible where a voluntary substitute with substantially similar qualifications is available. One means of substitution is the voluntary swap. In a number of cases, the securing of a substitute has been left entirely up to the individual seeking the accommodation. The Commission believes that the obligation to accommodate requires that employers and labor organizations facilitate the securing of a voluntary substitute with substantially similar qualifications. Some means of doing this which employers and labor organizations should consider are: to publicize policies regarding accommodation and voluntary substitution; to promote an atmosphere in which such substitutions are favorably regarded; to provide a central file, bulletin board or other means for matching voluntary substitutes with positions for which substitutes are needed.

(ii) Flexible Scheduling.

One means of providing reasonable accommodation for the religious practices of employees or prospective employees which employers and labor organizations should consider is the creation of a flexible work schedule for individuals requesting accommodation.

The following list is an example of areas in which flexibility might be introduced: flexible arrival and departure times; floating or optional holidays; flexible work breaks; use of lunch time in exchange for early departure; staggered work hours; and permitting an employee to make up time lost due to the observance of religious practices.

(iii) Lateral Transfer and Change of Job Assignments.

When an employee cannot be accommodated either as to his or her entire job or an assignment within the job, employers and labor organizations should consider whether or not it is possible to change the job assignment or give the employee a lateral transfer.

(2) Payment of Dues to a Labor Organization.

Some collective bargaining agreements include a provision that each employee must join the labor organization or pay the labor organization a sum equivalent to dues. When an employee's religious practices do not permit compliance with such a provision, the labor organization should accommodate the employee by not requiring the employee to join the organization and by permitting him or her to donate a sum equivalent to dues to a charitable organization.

(e) Undue hardship.

(1) Cost. An employer may assert undue hardship to justify a refusal to accommodate an employee's need to be absent from his or her scheduled duty hours if the employer can demonstrate that the accommodation would require "more than a de minimis cost". The Commission will determine what constitutes "more than a de minimis cost" with due regard given to the identifiable cost in relation to the size and operating cost of the employer, and the number of individuals who will in fact need a particular accommodation. In general, the Commission interprets this phrase as it was used in the Hardison decision to mean that costs similar to the regular payment of premium wages of substitutes, which was at issue in Hardison, would constitute undue hardship. However, the Commission will presume that the infrequent payment of premium wages for a substitute or the payment of premium wages while a more permanent accommodation is being sought are costs which an employer can be required to bear as a means of providing a reasonable accommodation. Further, the Commission will presume that generally, the payment of administrative

costs necessary for providing the accommodation will not constitute more than a de minimis cost. Administrative costs, for example, include those costs involved in rearranging schedules and recording substitutions for payroll purposes.

(2) Seniority Rights. Undue hardship would also be shown where a variance from a bona fide seniority system is necessary in order to accommodate an employee's religious practices when doing so would deny another employee his or her job or shift preference guaranteed by that system. Hardison, supra, 432 U.S. at 80. Arrangements for voluntary substitutes and swaps (see paragraph (d)(1)(i) of this section) do not constitute an undue hardship to the extent the arrangements do not violate a bona fide seniority system. Nothing in the Statute or these Guidelines precludes an employer and a union from including arrangements for voluntary substitutes and swaps as part of a collective bargaining agreement”.

- Sección 1630.2.o “Reasonable accommodation”

<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/1630.2>

“(1) *The term reasonable accommodation means:*

(i) Modifications or adjustments to a job application process that enable a qualified applicant with a disability to be considered for the position such qualified applicant desires; or

(ii) Modifications or adjustments to the work environment, or to the manner or circumstances under which the position held or desired is customarily performed, that enable an individual with a disability who is qualified to perform the essential functions of that position; or

(iii) Modifications or adjustments that enable a covered entity's employee with a disability to enjoy equal benefits and privileges of employment as are enjoyed by its other similarly situated employees without disabilities.

(2) Reasonable accommodation may include but is not limited to:

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

(ii) Job restructuring; part-time or modified work schedules; reassignment to a vacant position; acquisition or modifications 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.

(3) To determine the appropriate reasonable accommodation it may be necessary for the covered entity to initiate an informal, interactive process with the individual with a disability in need of the accommodation. This process should identify the precise limitations resulting from the disability and potential reasonable accommodations that could overcome those limitations.

(4) A covered entity is required, absent undue hardship, to provide a reasonable accommodation to an otherwise qualified individual who meets the definition of disability under the “actual disability” prong (paragraph (g)(1)(i) of this section), or “record of” prong (paragraph (g)(1)(ii) of this section), but is not required to provide a reasonable accommodation to an individual who meets the definition of disability solely under the “regarded as” prong (paragraph (g)(1)(iii) of this section)”.

ANEXO A.2. LINKS DE ACCESO A LA DOCTRINA JUDICIAL Y JURISPRUDENCIAL DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

- Tribunal Supremo (Supreme Court)

- *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965)
<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/380/163.html>
- *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970)
<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/398/333>
- *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 467 U.S. 83 (1984)
<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/837>
- *Walters v. Metropolitan Educational Enterprises, Inc.* (95-259), 519 U.S. 202 (1997)
<https://www.law.cornell.edu/supct/html/95-259.ZO.html>
- *Bragdon v. Abbott*, 524 U.S. 624 (1998),
<https://www.law.cornell.edu/supct/html/97-156.ZO.html>
- *Pennsylvania. Department of Corrections v. Yeskey*, 524 U.S. 206 (1998)
<https://www.law.cornell.edu/supct/html/97-634.ZO.html>
- *Albertson's, Inc. v. Kirkingburg*, 527 U.S. 555 (1999)
<https://www.law.cornell.edu/supct/html/98-591.ZS.html>
- *Murphy v. United Parcel Service, Inc.*, 527 U.S. 516 (1999)
<https://www.law.cornell.edu/supct/html/97-1992.ZS.html>
- *Olmstead v. L. C.*, 527 U.S. 581 (1999)
<https://www.law.cornell.edu/supct/html/98-536.ZS.html>
- *Sutton et al. v. United Airlines, Inc.*, 527 U.S. 471 (1999)
<https://www.law.cornell.edu/supct/html/97-1943.ZS.html>
- *PGA Tour, Inc. v. Martin*, 532 U.S. 661 (2001)
<https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-24.ZS.html>
- *Toyota Motor Mfg., Ky., Inc. v. Williams*, 534 U.S. 184 (2002)
<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/00-1089>
- *Tennessee v. Lane*, 541 U.S. 509 (2004)
<https://www.law.cornell.edu/supct/html/02-1667.ZS.html>

- Tribunales de apelación (Court of Appeal)

1st Circuit (Distritos de Maine, Massachusetts, New Hampshire, Puerto Rico y Rhode Island)

- *Soileau v. Guilford of Maine, Inc.*, 105 F.3d 12, 15 (1st Cir. 1997)

<https://openjurist.org/105/f3d/12/soileau-v-guilford-of-maine-inc>

- *Criado v. IBM Corp.*, 145 F.3d 437 (1st Cir. 1998)

<https://openjurist.org/145/f3d/437/criado-v-ibm-corporation-ibm-corporation>

- *Kvorjak v. Maine*, 259 F.3d 48 (1st Cir. 2001)

<https://openjurist.org/259/f3d/48/brian-v-state>

2nd Circuit (Distritos de Connecticut, Nueva York y Vermont)

- *Jacques v. DiMarzio, Inc.*, 386 F.3d 192, 202 (2d Cir. 2004)

<https://openjurist.org/386/f3d/192/jacques-v-dimarzio-inc>

3rd circuit (Distritos de Delaware, New Jersey, Pennsylvania este, Pennsylvania oeste y Pennsylvania centro)

- *Taylor v. Phoenixville Sch. Dist.*, 184 F.3d 296, 312 (3rd Cir. 1999)

<https://openjurist.org/184/f3d/296/katherine-taylor-v-phoenixville-school-district>

6th Circuit (Distritos de Kentucky este, Kentucky oeste, Michigan este, Michigan oeste, Ohio norte, Ohio sur, Tennessee este, Tennessee centro y Tennessee oeste)

- *Hankins v. The Gap, Inc.*, 84 F.3d 797 (6th Cir. 1996)

<http://caselaw.findlaw.com/us-6th-circuit/1265107.html>

- *Cehrs v. Northeast Ohio Alzheimer's Research Cent.*, (6th Cir. 1998)

<https://openjurist.org/155/f3d/775/cehrs-v-northeast-ohio-alzheimers-research-center>

7th Circuit (Distritos de Illinois centro, Illinois norte, Illinois sur, Indiana norte, Indiana sur, Wisconsin este y Wisconsin oeste)

- *Beck v. University of Wisconsin*, 75 F.3d, 1130 (7th Cir. 1996)

<https://openjurist.org/75/f3d/1130/beck-v-university-of-wisconsin-board-of-regents>

- Gile v. United Airlines, Inc. 95 F.3d 492 (7th Cir. 1996)

<https://openjurist.org/95/f3d/492>

- Rehling v. City of Chicago, F.3d 1009, 1016 (7th Cir. 2000)

<http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1074338.html>

8th circuit (Distritos de Arkansas este, Arkansas oeste, Iowa norte, Iowa sur, Minnesota, Missouri este, Missouri oeste, Nebraska, Dakota del norte y Dakota del sur)

- Fjellestad v. Pizza Hut of Am., Inc., 188 F3d 944, 952 (8th Circ. 1999)

<https://openjurist.org/188/f3d/944/ellen-fjellestad-v-pizza-hut-of-america-inc>

9th circuit (Distritos de Alaska, Arizona, California centro, California este, California norte, California sur, Hawaii, Idaho, Montana, Nevada, oregon, Washington este y Washington oeste)

- Barnett v. United Airlines, Inc., 228 95F.3d 1105, 1114 (9th Cir. 2000)

<https://openjurist.org/738/f2d/358/barnett-v-united-air-lines-inc>

10th circuit (Distritos de Colorado, Kansas, Nuevo México, Oklahoma este, Oklahoma norte, Oklahoma oeste, Utah, Wyoming)

- White v. York International Corporation, 45 F.3d 357,363 (10th Circ. 1995)

<http://caselaw.findlaw.com/us-10th-circuit/1430404.html>

- Nielson v. Moroni Feed Co., 162 F.3d 604, 612 (10th Cir. 1998)

<https://openjurist.org/162/f3d/604/nielsen-v-moroni-feed-company>

11th circuit (Distritos de Alabama, Florida y Georgia)

- Terri L. Stewart v. Happy Herman's Cheshire Bridge, Inc., 117 F.3d 1278 (11th Circ. 1997)

<https://openjurist.org/117/f3d/1278/stewart-v-happy-hermans-cheshire-bridge-inc>

- Willis v. Conopco, Inc., 108 F.3d 282, 285 (11th Cir. 1997)

<https://openjurist.org/108/f3d/282/willis-v-conopco-inc>

ANEXO B.1 LINKS DE ACCESO A LA NORMATIVA DE CANADÁ

Canadian Charter of Rights and Freedom (CCRF)

- Artículo 15

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html>

“Equality Rights

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability”.

Canadian Human Rights Act (CHRA)

- Artículo 2

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/H-6/page-1.html#docCont>

“Purpose

2 The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, gender identity or expression, marital status, family status, genetic characteristics, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered”.

- Artículo 3

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/H-6/page-1.html#docCont>

“Proscribed Discrimination

3 (1) For all purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, gender identity or expression, marital status, family status, genetic characteristics, disability and conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered.

(2) Where the ground of discrimination is pregnancy or child-birth, the discrimination shall be deemed to be on the ground of sex.

(3) Where the ground of discrimination is refusal of a request to undergo a genetic test or to disclose, or authorize the disclosure of, the results of a genetic test, the discrimination shall be deemed to be on the ground of genetic characteristics.

3.1 For greater certainty, a discriminatory practice includes a practice based on one or more prohibited grounds of discrimination or on the effect of a combination of prohibited grounds”.

- Artículo 4

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/H-6/page-1.html#docCont>

“Orders regarding discriminatory practices

4 A discriminatory practice, as described in sections 5 to 14.1, may be the subject of a complaint under Part III and anyone found to be engaging or to have engaged in a discriminatory practice may be made subject to an order as provided in section 53”.

- Artículo 5

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/H-6/page-1.html#docCont>

“Denial of good, service, facility or accommodation

5 It is a discriminatory practice in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public

(a) to deny, or to deny access to, any such good, service, facility or accommodation to any individual, or

(b) to differentiate adversely in relation to any individual, on a prohibited ground of discrimination”.

- Artículo 6

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/H-6/page-1.html#docCont>

“Denial of commercial premises or residential accommodation

6 It is a discriminatory practice in the provision of commercial premises or residential accommodation

(a) to deny occupancy of such premises or accommodation to any individual, or

(b) to differentiate adversely in relation to any individual, on a prohibited ground of discrimination”.

- Artículo 7

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/H-6/page-1.html#docCont>

“Employment

7 It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee, on a prohibited ground of discrimination”.

- Artículo 8

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/H-6/page-1.html#docCont>

“Employment applications, advertisements

8 It is a discriminatory practice

(a) to use or circulate any form of application for employment, or

(b) in connection with employment or prospective employment, to publish any advertisement or to make any written or oral inquiry that expresses or implies any limitation, specification or preference based on a prohibited ground of discrimination”.

- Artículo 9

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/H-6/page-1.html#docCont>

“Employee organizations

9 (1) It is a discriminatory practice for an employee organization on a prohibited ground of discrimination

(a) to exclude an individual from full membership in the organization;

(b) to expel or suspend a member of the organization; or

(c) to limit, segregate, classify or otherwise act in relation to an individual in a way that would deprive the individual of employment opportunities, or limit employment opportunities or otherwise adversely affect the status of the individual, where the individual is a member of the organization or where any of the obligations of the organization pursuant to a collective agreement relate to the individual’.

- Artículo 10

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/H-6/page-1.html#docCont>

“Discriminatory policy or practice

10 It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or employer organization

(a) to establish or pursue a policy or practice, or

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment, that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination’.

- Artículo 11

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/H-6/page-1.html#docCont>

“Equal wages

11 (1) It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.

Assessment of value of work

(2) In assessing the value of work performed by employees employed in the same establishment, the criterion to be applied is the composite of the skill, effort and responsibility required in the performance of the work and the conditions under which the work is performed.

Separate establishments

(3) Separate establishments established or maintained by an employer solely or principally for the purpose of establishing or maintaining differences in wages between male and female employees shall be deemed for the purposes of this section to be the same establishment.

Different wages based on prescribed reasonable factors

(4) Notwithstanding subsection (1), it is not a discriminatory practice to pay to male and female employees different wages if the difference is based on a factor prescribed by guidelines, issued by the Canadian Human Rights Commission pursuant to subsection 27(2), to be a reasonable factor that justifies the difference.

Idem

(5) For greater certainty, sex does not constitute a reasonable factor justifying a difference in wages.

No reduction of wages

(6) An employer shall not reduce wages in order to eliminate a discriminatory practice described in this section.

Definition of wages

(7) For the purposes of this section, wages means any form of remuneration payable for work performed by an individual and includes

- (a) salaries, commissions, vacation pay, dismissal wages and bonuses;*
- (b) reasonable value for board, rent, housing and lodging;*
- (c) payments in kind;*

(d) employer contributions to pension funds or plans, long-term disability plans and all forms of health insurance plans; and

(e) any other advantage received directly or indirectly from the individual's employer".

- Artículo 12

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/H-6/page-2.html#docCont>

"Publication of discriminatory notices, etc

12 It is a discriminatory practice to publish or display before the public or to cause to be published or displayed before the public any notice, sign, symbol, emblem or other representation that

(a) expresses or implies discrimination or an intention to discriminate, or

(b) incites or is calculated to incite others to discriminate

if the discrimination expressed or implied, intended to be expressed or implied or incited or calculated to be incited would otherwise, if engaged in, be a discriminatory practice described in any of sections 5 to 11 or in section 14".

- Artículo 14

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/H-6/page-2.html#docCont>

"Retaliation

14 (1) It is a discriminatory practice,

(a) in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public,

(b) in the provision of commercial premises or residential accommodation, or

(c) in matters related to employment,

to harass an individual on a prohibited ground of discrimination.

Sexual harassment

(2) Without limiting the generality of subsection (1), sexual harassment shall, for the purposes of that subsection, be deemed to be harassment on a prohibited ground of discrimination.

Retaliation

14.1 *It is a discriminatory practice for a person against whom a complaint has been filed under Part III, or any person acting on their behalf, to retaliate or threaten retaliation against the individual who filed the complaint or the alleged victim”.*

- Artículo 25

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/H-6/page-3.html#docCont>

“*Definitions*

25 In this Act,

conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered means a conviction of an individual for an offence in respect of which a pardon has been granted under Her Majesty’s royal prerogative of mercy or under section 748 of the Criminal Code or a record suspension has been ordered under the Criminal Records Act, that has not been revoked or ceased to have effect; (état de personne graciée)
disability means any previous or existing mental or physical disability and includes disfigurement and previous or existing dependence on alcohol or a drug; (déficience)

employee organization includes a trade union or other organization of employees or a local, the purposes of which include the negotiation of terms and conditions of employment on behalf of employees; (organisation syndicale)

employer organization means an organization of employers the purposes of which include the regulation of relations between employers and employees; (organisation patronale)

employment includes a contractual relationship with an individual for the provision of services personally by the individual; (emploi)

Tribunal means the Canadian Human Rights Tribunal established by section 48.1. (Tribunal)”.

- Artículo 53

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/H-6/page-9.html#docCont>

“Complaint dismissed

53 (1) At the conclusion of an inquiry, the member or panel conducting the inquiry shall dismiss the complaint if the member or panel finds that the complaint is not substantiated.

Complaint substantiated

(2) If at the conclusion of the inquiry the member or panel finds that the complaint is substantiated, the member or panel may, subject to section 54, make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in the order any of the following terms that the member or panel considers appropriate:

(a) that the person cease the discriminatory practice and take measures, in consultation with the Commission on the general purposes of the measures, to redress the practice or to prevent the same or a similar practice from occurring in future, including

(i) the adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 16(1), or

(ii) making an application for approval and implementing a plan under section 17;

(b) that the person make available to the victim of the discriminatory practice, on the first reasonable occasion, the rights, opportunities or privileges that are being or were denied the victim as a result of the practice;

(c) that the person compensate the victim for any or all of the wages that the victim was deprived of and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice;

(d) that the person compensate the victim for any or all additional costs of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and

(e) that the person compensate the victim, by an amount not exceeding twenty thousand dollars, for any pain and suffering that the victim experienced as a result of the discriminatory practice.

Special compensation

(3) In addition to any order under subsection (2), the member or panel may order the person to pay such compensation not exceeding twenty thousand dollars to the victim as the member or panel may determine if the member or panel finds that the person is engaging or has engaged in the discriminatory practice wilfully or recklessly.

Interest

(4) Subject to the rules made under section 48.9, an order to pay compensation under this section may include an award of interest at a rate and for a period that the member or panel considers appropriate”.

Employment Equity Act (EEA)

- Artículo 3

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-5.401/page-1.html#docCont>

“Definitions

3 In this Act,

Aboriginal peoples means persons who are Indians, Inuit or Métis; (autochtones)

Canadian workforce means all persons in Canada of working age who are willing and able to work; (population apte au travail)

Chairperson means the chairperson of the Canadian Human Rights Tribunal; (président)

Commission means the Canadian Human Rights Commission established under section 26 of the Canadian Human Rights Act; (Commission)

compliance officer means a person designated as an employment equity compliance review officer pursuant to subsection 22(3); (agent d'application)

designated groups means women, Aboriginal peoples, persons with disabilities and members of visible minorities; (groupes désignés)

members of visible minorities means persons, other than Aboriginal peoples, who are non-Caucasian in race or non-white in colour; (minorités visibles)

Minister means such member of the Queen's Privy Council for Canada as is designated by the Governor in Council as the Minister for the purposes of this Act; (ministre)

persons with disabilities means persons who have a long-term or recurring physical, mental, sensory, psychiatric or learning impairment and who

(a) consider themselves to be disadvantaged in employment by reason of that impairment, or

(b) believe that a employer or potential employer is likely to consider them to be disadvantaged in employment by reason of that impairment,

and includes persons whose functional limitations owing to their impairment have been accommodated in their current job or workplace; (personnes handicapées)

prescribed means prescribed by the regulations; (Version anglaise seulement)

private sector employer means any person who employs one hundred or more employees on or in connection with a federal work, undertaking or business as defined in section 2 of the Canada Labour Code and includes any corporation established to perform any function or duty on behalf of the Government of Canada that employs one hundred or more employees, but does not include

(a) a person who employs employees on or in connection with a work, undertaking or business of a local or private nature in Yukon, the Northwest Territories or Nunavut, or

(b) a departmental corporation as defined in section 2 of the Financial Administration Act; (employeur du secteur privé)

representatives means

(a) those persons who have been designated by employees to act as their representatives, or

(b) bargaining agents, where bargaining agents represent the employees; (représentants)

Tribunal means an Employment Equity Review Tribunal established by subsection 28(1). (tribunal)".

- Artículo 5

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-5.401/page-2.html#docCont>

"Employer's duty

5 Every employer shall implement employment equity by

(a) identifying and eliminating employment barriers against persons in designated groups that result from the employer's employment systems, policies and practices that are not authorized by law; and

(b) instituting such positive policies and practices and making such reasonable accommodations as will ensure that persons in designated groups achieve a degree of representation in each occupational group in the employer's workforce that reflects their representation in

(i) the Canadian workforce, or

(ii) those segments of the Canadian workforce that are identifiable by qualification, eligibility or geography and from which the employer may reasonably be expected to draw employees".

- Artículo 6

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-5.401/page-2.html#docCont>

“Employer not required to take certain measures

6 The obligation to implement employment equity does not require an employer

- (a) to take a particular measure to implement employment equity where the taking of that measure would cause undue hardship to the employer;*
- (b) to hire or promote persons who do not meet the essential qualifications for the work to be performed;*
- (c) with respect to the public sector, to hire or promote persons without basing the hiring or promotion on merit in cases where the Public Service Employment Act requires that hiring or promotion be based on merit; or*
- (d) to create new positions in its workforce”.*

- Artículo 17

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-5.401/page-3.html#docCont>

“Employment equity records

17 Every employer shall, in accordance with the regulations, establish and maintain employment equity records in respect of the employer’s workforce, the employer’s employment equity plan and the implementation of employment equity by the employer”.

- Artículo 18

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-5.401/page-3.html#docCont>

“Reports of private sector employers

18 (1) Every private sector employer shall, on or before June 1 in each year, file with the Minister a report in respect of the immediately preceding calendar year containing information in accordance with prescribed instructions, indicating, in the prescribed manner and form,

- (a) the industrial sector in which its employees are employed, the location of the employer and its employees, the number of its employees and the number of those employees who are members of designated groups;*
- (b) the occupational groups in which its employees are employed and the degree of representation of persons who are members of designated groups in each occupational group;*

(c) the salary ranges of its employees and the degree of representation of persons who are members of designated groups in each range and in each prescribed subdivision of the range; and

(d) the number of its employees hired, promoted and terminated and the degree of representation in those numbers of persons who are members of designated groups.

Interpretation

(2) For the purposes of subsection (1), an employer is the person who or organization that was the employer on December 31 in the immediately preceding year.

Electronic filing

(3) An employer may file a report using electronic media in a manner specified in writing by the Minister and, in such a case, the report is deemed to have been filed on the day that the Minister acknowledges receipt of it.

Self-identification

(4) Only those employees who identify themselves to their employer, or agree to be identified by their employer, as Aboriginal peoples, members of visible minorities and persons with disabilities are to be counted as members of those designated groups for the purposes of the report.

Certificate required

(5) A report shall be certified, in the prescribed manner, as to the accuracy of the information contained in it and shall be signed by the employer or, where the employer is a corporation, by a prescribed person on behalf of the corporation.

Additional information

(6) An employer shall include in a report a description of

(a) the measures taken by the employer during the reporting period to implement employment equity and the results achieved; and

(b) the consultations between the employer and its employees' representatives during the reporting period concerning the implementation of employment equity.

Consolidated reports

(7) Where, in the opinion of the Minister, associated or related federal works, undertakings or businesses are operated by two or more employers having common control or direction, the Minister may, on the application of the employers, authorize them to file a consolidated report with respect to employees employed by them on or in connection with those works, undertakings or businesses.

Exemption for private sector employers

(8) The Minister may, on the application of an employer, exempt the employer from any or all of the requirements of this section for a period not exceeding one year if, in the opinion of the Minister, special circumstances warrant the exemption.

Copy to employees' representatives

(9) An employer shall, on filing a report with the Minister under this section, provide its employees' representatives with a copy of the report.

Copy to Commission

(10) The Minister shall, on receipt of a report, send a copy of it to the Commission".

- Artículo 35

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-5.401/page-6.html#docCont>

"Violation

35 (1) Every private sector employer commits a violation of this Act who

(a) without reasonable excuse, fails to file an employment equity report as required by section 18;

(b) without reasonable excuse, fails to include in the employment equity report any information that is required, by section 18 and the regulations, to be included; or

(c) provides any information in the employment equity report that the employer knows to be false or misleading.

Continuing violations

(2) A violation that is committed or continued on more than one day constitutes a separate violation for each day on which it is committed or continued.

Violations not offences

(3) A violation is not an offence and accordingly the Criminal Code does not apply in respect of a violation”.

- Artículo 36

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-5.401/page-6.html#docCont>

“Assessment of monetary penalty

36 (1) The Minister may, within two years after the day on which the Minister becomes aware of a violation, issue a notice of assessment of a monetary penalty in respect of the violation and send it by registered mail to the private sector employer.

Limit

(2) The amount of a monetary penalty shall not exceed

(a) \$10,000 for a single violation; and

(b) \$50,000 for repeated or continued violations.

Factors to be considered

(3) In assessing the amount of a monetary penalty, the Minister shall take into account

(a) the nature, circumstances, extent and gravity of the violation; and

(b) the wilfulness or intent of the private sector employer and the employer’s history of prior violations”.

ANEXO B.2 LINKS DE ACCESO A LA DOCTRINA JUDICIAL Y JURISPRUDENCIAL DE CANADÁ

Tribunal Supremo de Canadá (*Supreme Court of Canada*)

- *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 S.C.R. 536
<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1985/1985canlii18/1985canlii18.html?autocompleteStr=12%20C.H.R.R.%20D%2F19&autocompletePos=15>
- *Edwards Books and Art v. The Queen*, [1986] 2 S.C.R. 713
<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1986/1986canlii12/1986canlii12.html?autocompleteStr=Edwards%20Books%20and%20Art%20v.%20The%20Queen&autocompletePos=1>
- *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489
<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1990/1990canlii76/1990canlii76.html?autocompleteStr=Central%20Alberta%20Dairy%20Pool%20&autocompletePos=1>
- *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970
<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1992/1992canlii81/1992canlii81.html?autocompleteStr=Central%20Okanagan%20School%20District%20No.%2023%20v.%20Renaud&autocompletePos=1>
- *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353
<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1993/1993canlii89/1993canlii89.html?resultIndex=3>
- *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 SCR 868, 1999
[https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1999/1999canlii646/1999canlii646.html?autocompleteStr=British%20Columbia%20\(Superintendent%20of%20Motor%20Vehicles\)%20v%20British%20Columbia%20\(Council%20of%20Human%20Rights\)%20C&autocompletePos=1](https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1999/1999canlii646/1999canlii646.html?autocompleteStr=British%20Columbia%20(Superintendent%20of%20Motor%20Vehicles)%20v%20British%20Columbia%20(Council%20of%20Human%20Rights)%20C&autocompletePos=1)
- *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999], 35 CHRR 257
[https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1999/1999canlii652/1999canlii652.html?autocompleteStr=British%20Columbia%20\(Public%20Service%20Employee%20Relations%20Commission\)%20v.%20BCGSEU&autocompletePos=1](https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1999/1999canlii652/1999canlii652.html?autocompleteStr=British%20Columbia%20(Public%20Service%20Employee%20Relations%20Commission)%20v.%20BCGSEU&autocompletePos=1)

- *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665

[https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2000/2000scc27/2000scc27.html?autocompleteStr=Qu%C3%A9bec%20\(Commission%20des%20droits%20de%20la%20personne%20et%20des%20droits%20de%20la%20jeunesse\)%20v.%20Montr%C3%A9al%20\(City&autocompletePos=1](https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2000/2000scc27/2000scc27.html?autocompleteStr=Qu%C3%A9bec%20(Commission%20des%20droits%20de%20la%20personne%20et%20des%20droits%20de%20la%20jeunesse)%20v.%20Montr%C3%A9al%20(City&autocompletePos=1)

Tribunal de Derechos Humanos de Canadá (Canada Human Rights Tribunal)

- *Bicknell v. Air Canada* (1984), 5 C.H.R.R. D/1992

<https://www.canlii.org/en/ca/chrt/doc/1984/1984canlii13/1984canlii13.html?autocompleteStr=Bicknell%20v.%20Air%20Canada%20&autocompletePos=1>

- *Thwaites v. Canada (Armed Forces)* (1993), 19 C.H.R.R. D/259

[https://www.canlii.org/en/ca/chrt/doc/1993/1993canlii342/1993canlii342.html?autocompleteStr=Thwaites%20v.%20Canada%20\(Armed%20Forces\)&autocompletePos=1](https://www.canlii.org/en/ca/chrt/doc/1993/1993canlii342/1993canlii342.html?autocompleteStr=Thwaites%20v.%20Canada%20(Armed%20Forces)&autocompletePos=1)

- *Green v. Public Service Commission of Canada* (1998), 34 C.H.R.R. D/166

<https://www.canlii.org/en/ca/chrt/doc/2003/2003chrt34/2003chrt34.html?resultIndex=2>

- *Conte v. Rogers Cablesystems* (1999), 36 CHRR 403

<https://www.canlii.org/en/ca/chrt/doc/1999/1999canlii1022/1999canlii1022.html?autocompleteStr=36%20CHRR%20403&autocompletePos=1>

Tribunal Federal de Apelaciones (*Federal Court of Appeal*)

- *NAV Canada v. I.B.E.W.*, [2001] C.L.A.D. No. 497

<https://www.canlii.org/en/ca/fca/doc/2001/2001fca30/2001fca30.html?autocompleteStr=NAV%20Canada%20v.%20&autocompletePos=1>

Tribunal de Derechos Humanos de Ontario (*Human Rights Tribunal of Ontario*)

- *Chen v. Ingenierie Electro-Optique Exfo*, (2009) HRTO 1641

<https://www.canlii.org/en/on/onhrt/doc/2009/2009hrto1641/2009hrto1641.html>

Tribunal Superior de Justicia de Ontario (*Superior Court of Justice – Ontario Divisional Court*)

- *Office and Professional Employees International Union, Local 267 v. Domtar Inc*, [1992], 16 CHRR 479

<https://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/1992/1992canlii7512/1992canlii7512.html?autocompleteStr=16%20CHRR%20479&autocompletePos=1>

Tribunal Superior de Justicia de Ottawa (*Superior Court of Justice – Ottawa Divisional Court*)

- *Ottawa (City) v. Ottawa-Carleton Public Employees' Union*, [2007] OJ No 735

[https://www.canlii.org/en/on/onscdc/doc/2007/2007canlii5524/2007canlii5524.html?autocompleteStr=Ottawa%20\(City\)%20v.%20Ottawa-Carleton%20Public%20Employees%27%20Union%20735&autocompletePos=1](https://www.canlii.org/en/on/onscdc/doc/2007/2007canlii5524/2007canlii5524.html?autocompleteStr=Ottawa%20(City)%20v.%20Ottawa-Carleton%20Public%20Employees%27%20Union%20735&autocompletePos=1)

Tribunal de apelación de Ontario (*Court of Appeal for Ontario*)

Entrop v. Imperial Oil Ltd (1998) 30 CHRR 433

<https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2000/2000canlii16800/2000canlii16800.html?autocompleteStr=entrop%20&autocompletePos=1>

ANEXO C.1. LINKS DE ACCESO A LA NORMATIVA DE REINO UNIDO

Disability Discrimination Act 1995 (DDA)

- Sección 4a

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/50/part/II/crossheading/discrimination-by-employers/section/4An1>

“4A Employers: duty to make adjustments

(1) Where—

(a) a provision, criterion or practice applied by or on behalf of an employer, or
(b) any physical feature of premises occupied by the employer,
places the disabled person concerned at a substantial disadvantage in comparison with persons who are not disabled, it is the duty of the employer to take such steps as it is reasonable, in all the circumstances of the case, for him to have to take in order to prevent the provision, criterion or practice, or feature, having that effect.

(2) In subsection (1), “the disabled person concerned” means—

- (a) in the case of a provision, criterion or practice for determining to whom employment should be offered, any disabled person who is, or has notified the employer that he may be, an applicant for that employment;*
(b) in any other case, a disabled person who is—
(i) an applicant for the employment concerned, or
(ii) an employee of the employer concerned.

(3) Nothing in this section imposes any duty on an employer in relation to a disabled person if the employer does not know, and could not reasonably be expected to know—

- (a) in the case of an applicant or potential applicant, that the disabled person concerned is, or may be, an applicant for the employment; or*
(b) in any case, that that person has a disability and is likely to be affected in the way mentioned in subsection”.

- Sección 5

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/50/section/5>

“5 Meaning of “discrimination”

(1)For the purposes of this Part, an employer discriminates against a disabled person if—

(a)for a reason which relates to the disabled person’s disability, he treats him less favourably than he treats or would treat others to whom that reason does not or would not apply; and

(b)he cannot show that the treatment in question is justified.

(2)For the purposes of this Part, an employer also discriminates against a disabled person if—

(a)he fails to comply with a section 6 duty imposed on him in relation to the disabled person; and

(b)he cannot show that his failure to comply with that duty is justified.

(3)Subject to subsection (5), for the purposes of subsection (1) treatment is justified if, but only if, the reason for it is both material to the circumstances of the particular case and substantial.

(4)For the purposes of subsection (2), failure to comply with a section 6 duty is justified if, but only if, the reason for the failure is both material to the circumstances of the particular case and substantial.

(5)If, in a case falling within subsection (1), the employer is under a section 6 duty in relation to the disabled person but fails without justification to comply with that duty, his treatment of that person cannot be justified under subsection (3) unless it would have been justified even if he had complied with the section 6 duty.

(6)Regulations may make provision, for purposes of this section, as to circumstances in which—

- (a) treatment is to be taken to be justified;*
- (b) failure to comply with a section 6 duty is to be taken to be justified;*
- (c) treatment is to be taken not to be justified;*
- (d) failure to comply with a section 6 duty is to be taken not to be justified.*

(7) Regulations under subsection (6) may, in particular—

- (a) make provision by reference to the cost of affording any benefit; and*
- (b) in relation to benefits under occupational pension schemes, make provision with a view to enabling uniform rates of contributions to be maintained’.*

- Sección 6

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/50/section/6>

“Duty of employer to make adjustments

(1) Where—

- (a) any arrangements made by or on behalf of an employer, or*
- (b) any physical feature of premises occupied by the employer,*

place the disabled person concerned at a substantial disadvantage in comparison with persons who are not disabled, it is the duty of the employer to take such steps as it is reasonable, in all the circumstances of the case, for him to have to take in order to prevent the arrangements or feature having that effect.

(2) Subsection (1)(a) applies only in relation to—

- (a) arrangements for determining to whom employment should be offered;*
- (b) any term, condition or arrangements on which employment, promotion, a transfer, training or any other benefit is offered or afforded.*

(3) The following are examples of steps which an employer may have to take in relation to a disabled person in order to comply with subsection (1)—

- (a) making adjustments to premises;*
- (b) allocating some of the disabled person’s duties to another person;*
- (c) transferring him to fill an existing vacancy;*

- (d) altering his working hours;*
- (e) assigning him to a different place of work;*
- (f) allowing him to be absent during working hours for rehabilitation, assessment or treatment;*
- (g) giving him, or arranging for him to be given, training;*
- (h) acquiring or modifying equipment;*
- (i) modifying instructions or reference manuals;*
- (j) modifying procedures for testing or assessment;*
- (k) providing a reader or interpreter;*
- (l) providing supervision.*

(4) In determining whether it is reasonable for an employer to have to take a particular step in order to comply with subsection (1), regard shall be had, in particular, to—

- (a) the extent to which taking the step would prevent the effect in question;*
- (b) the extent to which it is practicable for the employer to take the step;*
- (c) the financial and other costs which would be incurred by the employer in taking the step and the extent to which taking it would disrupt any of his activities;*
- (d) the extent of the employer's financial and other resources;*
- (e) the availability to the employer of financial or other assistance with respect to taking the step.*

This subsection is subject to any provision of regulations made under subsection (8).

(5) In this section, "the disabled person concerned" means—

- (a) in the case of arrangements for determining to whom employment should be offered, any disabled person who is, or has notified the employer that he may be, an applicant for that employment;*
- (b) in any other case, a disabled person who is—*
 - (i) an applicant for the employment concerned; or*
 - (ii) an employee of the employer concerned.*

(6) Nothing in this section imposes any duty on an employer in relation to a disabled person if the employer does not know, and could not reasonably be expected to know—

(a) in the case of an applicant or potential applicant, that the disabled person concerned is, or may be, an applicant for the employment; or

(b) in any case, that that person has a disability and is likely to be affected in the way mentioned in subsection (1).

(7) Subject to the provisions of this section, nothing in this Part is to be taken to require an employer to treat a disabled person more favourably than he treats or would treat others.

(8) Regulations may make provision, for the purposes of subsection (1)—

(a) as to circumstances in which arrangements are, or a physical feature is, to be taken to have the effect mentioned in that subsection;

(b) as to circumstances in which arrangements are not, or a physical feature is not, to be taken to have that effect;

(c) as to circumstances in which it is reasonable for an employer to have to take steps of a prescribed description;

(d) as to steps which it is always reasonable for an employer to have to take;

(e) as to circumstances in which it is not reasonable for an employer to have to take steps of a prescribed description;

(f) as to steps which it is never reasonable for an employer to have to take;

(g) as to things which are to be treated as physical features;

(h) as to things which are not to be treated as such features.

(9) Regulations made under subsection (8)(c), (d), (e) or (f) may, in particular, make provision by reference to the cost of taking the steps concerned.

(10) Regulations may make provision adding to the duty imposed on employers by this section, including provision of a kind which may be made under subsection (8).

(11) *This section does not apply in relation to any benefit under an occupational pension scheme or any other benefit payable in money or money's worth under a scheme or arrangement for the benefit of employees in respect of—*

- (a) termination of service;*
- (b) retirement, old age or death;*
- (c) accident, injury, sickness or invalidity; or*
- (d) any other prescribed matter.*

(12) *This section imposes duties only for the purpose of determining whether an employer has discriminated against a disabled person; and accordingly a breach of any such duty is not actionable as such”.*

- Sección 7

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/50/section/7/enacted>

“Exemption for small businesses

(1) Nothing in this Part applies in relation to an employer who has fewer than 20 employees.

(2) The Secretary of State may by order amend subsection (1) by substituting a different number (not greater than 20) for the number for the time being specified there.

(3) In this section—

“anniversary” means the anniversary of the coming into force of this section;
and

“review” means a review of the effect of this section.

(4) Before making any order under subsection (2), the Secretary of State shall conduct a review.

(5) Unless he has already begun or completed a review under subsection (4), the Secretary of State shall begin to conduct a review immediately after the fourth anniversary.

(6) *Any review shall be completed within nine months.*

(7) *In conducting any review, the Secretary of State shall consult—*

- (a) such organisations representing the interests of employers as he considers appropriate; and*
- (b) such organisations representing the interests of disabled persons in employment or seeking employment as he considers appropriate.*

(8) *If, on completing a review, the Secretary of State decides to make an order under subsection (2), he shall make such an order to come into force not later than one year after the commencement of the review.*

(9) *If, on completing a review, the Secretary of State decides not to make such an order, he shall not later than one year after the commencement of the review lay before Parliament a report—*

- (a) summarising the results of the review; and*
- (b) giving the reasons for his decision.*

(10) *Any report made by the Secretary of State under subsection (9) shall include a summary of the views expressed to him in his consultations”.*

- Sección 18.b.1

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/50/section/18B>

“18B Reasonable adjustments: supplementary

(1) In determining whether it is reasonable for a person to have to take a particular step in order to comply with a duty to make reasonable adjustments, regard shall be had, in particular, to—

- (a) the extent to which taking the step would prevent the effect in relation to which the duty is imposed;*
- (b) the extent to which it is practicable for him to take the step;*
- (c) the financial and other costs which would be incurred by him in taking the step and the extent to which taking it would disrupt any of his activities;*

- (d) the extent of his financial and other resources;*
- (e) the availability to him of financial or other assistance with respect to taking the step;*
- (f) the nature of his activities and the size of his undertaking;*
- (g) where the step would be taken in relation to a private household, the extent to which taking it would—*
 - (i) disrupt that household, or*
 - (ii) disturb any person residing there”.*

Employment Rights Act 1996 (ERA)

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents>

Equality Act 2010 (EqA)

- Sección 6

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/6>

“Disability

- (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.

(5) A Minister of the Crown may issue guidance about matters to be taken into account in deciding any question for the purposes of subsection (1).

(6) Schedule 1 (disability: supplementary provision) has effect’.

- Sección 13

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/13>

“Direct discrimination

(1) A person (A) discriminates against another (B) if, because of a protected characteristic, A treats B less favourably than A treats or would treat others.

(2) If the protected characteristic is age, A does not discriminate against B if A can show A's treatment of B to be a proportionate means of achieving a legitimate aim.

(3) If the protected characteristic is disability, and B is not a disabled person, A does not discriminate against B only because A treats or would treat disabled persons more favourably than A treats B.

(4) If the protected characteristic is marriage and civil partnership, this section applies to a contravention of Part 5 (work) only if the treatment is because it is B who is married or a civil partner.

(5) If the protected characteristic is race, less favourable treatment includes segregating B from others.

(6) If the protected characteristic is sex—

(a) less favourable treatment of a woman includes less favourable treatment of her because she is breast-feeding;

(b) in a case where B is a man, no account is to be taken of special treatment afforded to a woman in connection with pregnancy or childbirth.

(7) Subsection (6)(a) does not apply for the purposes of Part 5 (work).

(8) This section is subject to sections 17(6) and 18(7)".

- Sección 15

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/15>

"Discrimination arising from disability

(1) A person (A) discriminates against a disabled person (B) if—

(a) A treats B unfavourably because of something arising in consequence of B's disability, and

(b) A cannot show that the treatment is a proportionate means of achieving a legitimate aim.

(2) Subsection (1) does not apply if A shows that A did not know, and could not reasonably have been expected to know, that B had the disability".

- Sección 19

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/19>

"Indirect discrimination

(1) A person (A) discriminates against another (B) if A applies to B a provision, criterion or practice which is discriminatory in relation to a relevant protected characteristic of B's.

(2) For the purposes of subsection (1), a provision, criterion or practice is discriminatory in relation to a relevant protected characteristic of B's if—

(a) A applies, or would apply, it to persons with whom B does not share the characteristic,

(b) it puts, or would put, persons with whom B shares the characteristic at a particular disadvantage when compared with persons with whom B does not share it,

(c) it puts, or would put, B at that disadvantage, and

(d) A cannot show it to be a proportionate means of achieving a legitimate aim.

(3) The relevant protected characteristics are—

age; disability; gender reassignment; marriage and civil partnership; race; religion or belief; sex; sexual orientation”.

- Sección 20

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/20>

“Duty to make adjustments

(1) Where this Act imposes a duty to make reasonable adjustments on a person, this section, sections 21 and 22 and the applicable Schedule apply; and for those purposes, a person on whom the duty is imposed is referred to as A.

(2) The duty comprises the following three requirements.

(3) The first requirement is a requirement, where a provision, criterion or practice of A's puts a disabled person at a substantial disadvantage in relation to a relevant matter in comparison with persons who are not disabled, to take such steps as it is reasonable to have to take to avoid the disadvantage.

(4) The second requirement is a requirement, where a physical feature puts a disabled person at a substantial disadvantage in relation to a relevant matter in comparison with persons who are not disabled, to take such steps as it is reasonable to have to take to avoid the disadvantage.

(5) The third requirement is a requirement, where a disabled person would, but for the provision of an auxiliary aid, be put at a substantial disadvantage in

relation to a relevant matter in comparison with persons who are not disabled, to take such steps as it is reasonable to have to take to provide the auxiliary aid.

(6) Where the first or third requirement relates to the provision of information, the steps which it is reasonable for A to have to take include steps for ensuring that in the circumstances concerned the information is provided in an accessible format.

(7) A person (A) who is subject to a duty to make reasonable adjustments is not (subject to express provision to the contrary) entitled to require a disabled person, in relation to whom A is required to comply with the duty, to pay to any extent A's costs of complying with the duty.

(8) A reference in section 21 or 22 or an applicable Schedule to the first, second or third requirement is to be construed in accordance with this section.

(9) In relation to the second requirement, a reference in this section or an applicable Schedule to avoiding a substantial disadvantage includes a reference to—

- (a) removing the physical feature in question,*
- (b) altering it, or*
- (c) providing a reasonable means of avoiding it.*

(10) A reference in this section, section 21 or 22 or an applicable Schedule (apart from paragraphs 2 to 4 of Schedule 4) to a physical feature is a reference to—

- (a) a feature arising from the design or construction of a building,*
- (b) a feature of an approach to, exit from or access to a building,*
- (c) a fixture or fitting, or furniture, furnishings, materials, equipment or other chattels, in or on premises, or*
- (d) any other physical element or quality.*

(11) *A reference in this section, section 21 or 22 or an applicable Schedule to an auxiliary aid includes a reference to an auxiliary service.*

(12) *A reference in this section or an applicable Schedule to chattels is to be read, in relation to Scotland, as a reference to moveable property.*

(13) *The applicable Schedule is, in relation to the Part of this Act specified in the first column of the Table, the Schedule specified in the second column”.*

- Sección 21

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/21>

“Failure to comply with duty

(1) *A failure to comply with the first, second or third requirement is a failure to comply with a duty to make reasonable adjustments.*

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

(3) *A provision of an applicable Schedule which imposes a duty to comply with the first, second or third requirement applies only for the purpose of establishing whether A has contravened this Act by virtue of subsection (2); a failure to comply is, accordingly, not actionable by virtue of another provision of this Act or otherwise”.*

- Sección 22

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/22>

“Regulations

(1) *Regulations may prescribe—*

(a) *matters to be taken into account in deciding whether it is reasonable for A to take a step for the purposes of a prescribed provision of an applicable Schedule;*

(b) *descriptions of persons to whom the first, second or third requirement does not apply.*

(2) Regulations may make provision as to—

- (a) circumstances in which it is, or in which it is not, reasonable for a person of a prescribed description to have to take steps of a prescribed description;
- (b) what is, or what is not, a provision, criterion or practice;
- (c) things which are, or which are not, to be treated as physical features;
- (d) things which are, or which are not, to be treated as alterations of physical features;
- (e) things which are, or which are not, to be treated as auxiliary aids.

(3) Provision made by virtue of this section may amend an applicable Schedule’.

- Sección 60.1

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/60>

“Enquiries about disability and health

(1) A person (A) to whom an application for work is made must not ask about the health of the applicant (B)—

- (a) before offering work to B, or
- (b) where A is not in a position to offer work to B, before including B in a pool of applicants from whom A intends (when in a position to do so) to select a person to whom to offer work’.

- Sección 60.6

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/60>

“(6) This section does not apply to a question that A asks in so far as asking the question is necessary for the purpose of—

- (a) establishing whether B will be able to comply with a requirement to undergo an assessment or establishing whether a duty to make reasonable adjustments is or will be imposed on A in relation to B in connection with a requirement to undergo an assessment,
- (b) establishing whether B will be able to carry out a function that is intrinsic to the work concerned,

- (c) monitoring diversity in the range of persons applying to A for work,*
- (d) taking action to which section 158 would apply if references in that section to persons who share (or do not share) a protected characteristic were references to disabled persons (or persons who are not disabled) and the reference to the characteristic were a reference to disability, or*
- (e) if A applies in relation to the work a requirement to have a particular disability, establishing whether B has that disability”.*

- Sección 120.1

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/120>

“(1) An employment tribunal has, subject to section 121, jurisdiction to determine a complaint relating to—

- (a) a contravention of Part 5 (work);*
- (b) a contravention of section 108, 111 or 112 that relates to Part 5”.*

- Sección 124.1

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/124>

“Remedies: general

(1) This section applies if an employment tribunal finds that there has been a contravention of a provision referred to in section 120(1)”.

- Sección 124.2.b

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/124>

“Remedies: general

[...]

(2)The tribunal may—

- (a) make a declaration as to the rights of the complainant and the respondent in relation to the matters to which the proceedings relate;*
- (b) order the respondent to pay compensation to the complainant;*
- (c) make an appropriate recommendation”.*

- Sección 158

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/158>

“Positive action: general

(1) This section applies if a person (P) reasonably thinks that—

- (a) persons who share a protected characteristic suffer a disadvantage connected to the characteristic,*
- (b) persons who share a protected characteristic have needs that are different from the needs of persons who do not share it, or*
- (c) participation in an activity by persons who share a protected characteristic is disproportionately low.*

(2) This Act does not prohibit P from taking any action which is a proportionate means of achieving the aim of—

- (a) enabling or encouraging persons who share the protected characteristic to overcome or minimise that disadvantage,*
- (b) meeting those needs, or*
- (c) enabling or encouraging persons who share the protected characteristic to participate in that activity.*

(3) Regulations may specify action, or descriptions of action, to which subsection (2) does not apply.

(4) This section does not apply to—

- (a) action within section 159(3), or*
- (b) anything that is permitted by virtue of section 104.*

(5) If section 104(7) is repealed by virtue of section 105, this section will not apply to anything that would have been so permitted but for the repeal.

(6) This section does not enable P to do anything that is prohibited by or under an enactment other than this Act’.

- Sección 159

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/159>

“Positive action: recruitment and promotion

- (1) *This section applies if a person (P) reasonably thinks that—*
- (a) *persons who share a protected characteristic suffer a disadvantage connected to the characteristic, or*
 - (b) *participation in an activity by persons who share a protected characteristic is disproportionately low.*
- (2) *Part 5 (work) does not prohibit P from taking action within subsection (3) with the aim of enabling or encouraging persons who share the protected characteristic to—*
- (a) *overcome or minimise that disadvantage, or*
 - (b) *participate in that activity.*
- (3) *That action is treating a person (A) more favourably in connection with recruitment or promotion than another person (B) because A has the protected characteristic but B does not.*
- (4) *But subsection (2) applies only if—*
- (a) *A is as qualified as B to be recruited or promoted,*
 - (b) *P does not have a policy of treating persons who share the protected characteristic more favourably in connection with recruitment or promotion than persons who do not share it, and*
 - (c) *taking the action in question is a proportionate means of achieving the aim referred to in subsection (2).*
- (5) *“Recruitment” means a process for deciding whether to—*
- (a) *offer employment to a person,*
 - (b) *make contract work available to a contract worker,*
 - (c) *offer a person a position as a partner in a firm or proposed firm,*
 - (d) *offer a person a position as a member of an LLP or proposed LLP,*
 - (e) *offer a person a pupillage or tenancy in barristers' chambers,*
 - (f) *take a person as an advocate's devil or offer a person membership of an advocate's stable,*
 - (g) *offer a person an appointment to a personal office,*

- (h) offer a person an appointment to a public office, recommend a person for such an appointment or approve a person's appointment to a public office, or*
- (i) offer a person a service for finding employment.*

(6) This section does not enable P to do anything that is prohibited by or under an enactment other than this Act’.

- Sección 212.1

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/212>

“General interpretation

(1) In this Act—

“armed forces” means any of the naval, military or air forces of the Crown;

“the Commission” means the Commission for Equality and Human Rights;

“detriment” does not, subject to subsection (5), include conduct which amounts to harassment;

“the Education Acts” has the meaning given in section 578 of the Education Act 1996;

“employment” and related expressions are (subject to subsection (11)) to be read with section 83;

“enactment” means an enactment contained in—

(a) an Act of Parliament,

(b) an Act of the Scottish Parliament,

(c) an Act or Measure of the National Assembly for Wales, or

(d) subordinate legislation;

“equality clause” means a sex equality clause or maternity equality clause;

“equality rule” means a sex equality rule or maternity equality rule;

“man” means a male of any age;

“maternity equality clause” has the meaning given in section 73;

“maternity equality rule” has the meaning given in section 75;

“non-discrimination rule” has the meaning given in section 61;

“occupational pension scheme” has the meaning given in section 1 of the Pension Schemes Act 1993;

“parent” has the same meaning as in—

(a) the Education Act 1996 (in relation to England and Wales);

(b) the Education (Scotland) Act 1980 (in relation to Scotland);

“prescribed” means prescribed by regulations;

“profession” includes a vocation or occupation;

“sex equality clause” has the meaning given in section 66;

“sex equality rule” has the meaning given in section 67;

“subordinate legislation” means—

*(a) subordinate legislation within the meaning of the Interpretation Act 1978,
or*

*(b) an instrument made under an Act of the Scottish Parliament or an Act or
Measure of the National Assembly for Wales;*

“substantial” means more than minor or trivial;

“trade” includes any business;

“woman” means a female of any age”.

- Anexo: *“Schedule 1: Disability: supplementary provision”*

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/schedule/1>

- Apartado 2.1

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/schedule/1>

“(1) The effect of an impairment is long-term if—

(a) it has lasted for at least 12 months,

(b) it is likely to last for at least 12 months, or

(c) it is likely to last for the rest of the life of the person affected”.

- Apartado 5

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/schedule/1>

*“1) An impairment is to be treated as having a substantial adverse effect on
the ability of the person concerned to carry out normal day-to-day activities
if—*

(a) measures are being taken to treat or correct it, and

(b) but for that, it would be likely to have that effect.

(2) *“Measures” includes, in particular, medical treatment and the use of a prosthesis or other aid.*

(3) *Sub-paragraph (1) does not apply—*

(a) in relation to the impairment of a person's sight, to the extent that the impairment is, in the person's case, correctable by spectacles or contact lenses or in such other ways as may be prescribed;

(b) in relation to such other impairments as may be prescribed, in such circumstances as are prescribed”.

- Apartado 6

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/schedule/1>

“Certain medical conditions

(1) Cancer, HIV infection and multiple sclerosis are each a disability.

(2) HIV infection is infection by a virus capable of causing the Acquired Immune Deficiency Syndrome”.

- Apartado 8

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/schedule/1>

“Progressive conditions

(1) This paragraph applies to a person (P) if—

(a) P has a progressive condition,

(b) as a result of that condition P has an impairment which has (or had) an effect on P's ability to carry out normal day-to-day activities, but

(c) the effect is not (or was not) a substantial adverse effect.

(2) P is to be taken to have an impairment which has a substantial adverse effect if the condition is likely to result in P having such an impairment.

(3) Regulations may make provision for a condition of a prescribed description to be treated as being, or as not being, progressive”.

- Anexo: *“Schedule 8: Work: reasonable adjustments”*

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/schedule/8>

Equality Act Regulations 2010 (EqAR)

<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2010/2128/made>

- Part 2

<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2010/2128/made>

“PART 2 Determination of Disability

Addictions

3.—(1) *Subject to paragraph (2) below, addiction to alcohol, nicotine or any other substance is to be treated as not amounting to an impairment for the purposes of the Act.*

(2) *Paragraph (1) above does not apply to addiction which was originally the result of administration of medically prescribed drugs or other medical treatment.*

Other conditions not to be treated as impairments

4.—(1) *For the purposes of the Act the following conditions are to be treated as not amounting to impairments:—*

- (a) a tendency to set fires,*
- (b) a tendency to steal,*
- (c) a tendency to physical or sexual abuse of other persons,*
- (d) exhibitionism, and*
- (e) voyeurism.*

(2) *Subject to paragraph (3) below, for the purposes of the Act the condition known as seasonal allergic rhinitis shall be treated as not amounting to an impairment.*

(3) *Paragraph (2) above shall not prevent that condition from being taken into account for the purposes of the Act where it aggravates the effect of any other condition.*

Tattoos and piercings

5. *For the purposes of paragraph 3 of Schedule 1 to the Act, a severe disfigurement is not to be treated as having a substantial adverse effect on the ability of the person concerned to carry out normal day-to-day activities if it consists of—*

- (a) a tattoo (which has not been removed), or*
- (b) a piercing of the body for decorative or other non-medical purposes, including any object attached through the piercing for such purposes.*

Babies and young children

6. *For the purposes of the Act, where a child under six years of age has an impairment which does not have a substantial and long-term adverse effect on the ability of that child to carry out normal day-to-day activities, the impairment is to be taken to have a substantial and long-term adverse effect on the ability of that child to carry out normal day-to-day activities where it would normally have that effect on the ability of a person aged 6 years or over to carry out normal day-to-day activities.*

Persons deemed to have a disability

7. *A person is deemed to have a disability, and hence to be a disabled person, for the purposes of the Act where that person is certified as blind, severely sight impaired, sight impaired or partially sighted by a consultant ophthalmologist'.*

ANEXO C.2. LINKS DE ACCESO A LA DOCTRINA JUDICIAL Y JURISPRUDENCIAL DE REINO UNIDO

Tribunal Supremo (United Kingdom House of Lords)

- *Archibald v Fife Council* [2004] UKHL 32
<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2004/32.html>
- *London Borough of Lewisham v Malcolm* [2008] UKHL 43
<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2008/43.html>
- *Kuddus (AP) v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2001] UKHL 29
<https://publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010607/kuddus-1.htm>

Tribunal de Apelación Laboral (United Kingdom Employment Appeal Tribunal)

- *D'Souza v London Borough Of Lambeth* [1997] UKEAT 1206_95_0910
http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/1997/1206_95_0910.html
- *Clark v Novacold* [1998] UKEAT 1284_97_1707
http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/1998/1284_97_1707.html
- *Ridout v TC Group* [1998] UKEAT 0372_05_0711
http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2005/0372_05_0711.html
- *Goodwin v The Patent Office* [1999] IRLR 4
http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/1998/57_98_2110.html
- *Humphreys v. Environment Agency* [1999] UKEAT 24_95_1911
http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/1999/24_95_1911.html
- *Abadeh v British Telecommunications Plc* [2000] UKEAT 1124_99_1910
http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2000/1124_99_1910.html
- *Gittins v. Oxford Radcliffe NHS Trust* [2000] UKEAT 193_99_0405
http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2000/193_99_0405.html
- *Cosgrove v Messrs Caesar & Howie* [2001] UKEAT 1432_00_1705
http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2001/1432_00_1705.html
- *Leonard v Southern Derbyshire Chamber of Commerce* [2001] UKEAT 789_99_1010

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2000/789_99_1010.html

- *Mid Staffordshire General Hospitals NHS Trust v Cambridge* [2003] UKCAT 0755_02_1403

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2003/0755_02_1403.html

- *Royal National Theatre Board Ltd v Collins* [2003] UKCAT 0642_02_2904

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2003/0642_02_2904.html

- *Smith v. Churchills Stairlift Plc* [2004] UKCAT 0674_04_0212

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2004/0674_04_0212.html

- *Swift v. Chief Constable of Wiltshire Constabulary* [2004] UKCAT 0484_03_1802

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2004/0484_03_1802.html

- *Abbey National Plc v. Dutton* [2005] UKCAT 0879_04_2001

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2005/0879_04_2001.html

- *Southampton City College v Randall* [2005] UKCAT 0372_05_0711

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2005/0372_05_0711.html

- *High Quality Lifestyles Ltd v Watts* [2006] UKCAT 0671_05_1004

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2006/0671_05_1004.html

- *O'Hanlon v HM Revenue & Customs* [2006] UKCAT 0109_06_0408

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2006/0109_06_0408.html

- *Tarback v. Sainsbury Supermarkets Ltd* [2006] UKCAT 0136_06_0806

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2006/0136_06_0806.html

- *Paterson v Commissioner of Police for the Metropolis* [2007] UKCAT 0635_06_2307

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2007/0635_06_2307.html

- *Child Support Agency Dudley v Truman* [2009] UKCAT 0293_08_0502

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2009/0293_08_0502.html

- *Royal Bank of Scotland v Ashton* [2010] UKCAT 0542_09_1612

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2010/0542_09_1612.html

- *Price v. Transport for London* [2011] UKCAT 0005_11_0605

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2011/0005_11_0605.html

- *Jennings v. Barts and the London NHS Trust* [2012] UKCAT 0056_12_0502

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2013/0056_12_0502.html

- *Foster v Cardiff University* [2013] UKCAT 0422_12_2703

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2013/0422_12_2703.html

- *Sobhi v Commissioner of Police of the Metropolis* [2013] UKCAT 0518_12_0205

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2013/0518_12_0205.html

- *The Carphone Warehouse Ltd v Martin* [2013] UKCAT 0371_12_1202

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2013/0371_12_1202.html

- *General Dynamics Information Technology Ltd v Carranza* [2014] UKCAT 0107_14_1010

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2014/0107_14_1010.html

- *Hainsworth v Ministry of Defence* [2014] UKCAT 0227_13_1607

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2013/0227_13_1607.html

- *Banaszczyk v Booker Employment Appeal Tribunal* [2016] UKCAT 0132_15_0102

http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2016/0132_15_0102.html

ANEXO D.1. LINKS DE ACCESO A LA NORMATIVA DE FRANCIA

Loi 57-1223 du 23 novembre 1957 sur le reclassement des travailleurs handicapés (Loi 57-1223)

https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000880746

- Artículo 1

“La présente loi a pour objet l’emploi des travailleurs handicapés ou leur reclassement suivant un processus pouvant comporter, selon les cas, outre réadaptation fonctionnelle prévue par les textes en vigueur, une réadaptation, une rééducation ou une formation professionnelles.

Est considéré comme travailleur handicapé pour bénéficier des dispositions de la présente loi, toute personne dont les possibilités d’acquies ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite d’une insuffisance ou d’une diminution de ses capacités physiques ou mentales”.

- Artículo 2

“La qualité de travailleur handicapé est reconnue par la commission départementale d’orientation des infirmes, instituée par l’article 167, du code de la famille et de l’aide social et dont les attributions sont étendues à toutes les personnes qui sollicitent le bénéfice de la présente loi. La commission compétente est déterminée par le lieu de résidence de l’intéressé.

Lorsque la qualité de travailleur handicapé a été reconnue, la commission donne un avis sur l’orientation professionnelle de chacun des bénéficiaires et se prononce sur l’opportunité des mesures à prendre pour favoriser son reclassement”.

Loi 75-534 du 30 juin 1975 d’orientation en faveur des personnes handicapées (Loi 75-534)

https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000333976

Loi 2005-102 du 11 février 2005 sur l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (Loi 2005-102)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000809647#LEGISCTA000006125159>

Loi 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (Loi 2008-496)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000018877783>

- Artículo 1

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000018877783>
83

“Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.

La discrimination inclut:

1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant;

2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2°.

- Artículo 4

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000018877783>

“Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Le fait que la victime ait seulement poursuivi l'objectif de démontrer l'existence d'un agissement ou d'une injonction discriminatoire n'exclut pas, en cas de préjudice causé à cette personne, la responsabilité de la partie défenderesse. Le présent article ne s'applique pas devant les juridictions pénales”.

Code de l'action sociale et des familles (CAF)

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=D279F57E57F520AF374F249FA039E6C2.tplgfr28s_2?cidTexte=LEGITEXT000006074069&dateTexte=20160414

Code de la famille et de l'aide sociale

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072637&dateTexte=20001222>

- Artículo 67

“Ces missions comportent notamment l'information et la sensibilisation de la population et des personnes concernées par les situations de mineurs

maltraités ainsi que la publicité du dispositif de recueil d'informations prévu à l'article 68.

Le président du conseil général peut faire appel aux associations concourant à la protection de l'enfance et de la famille pour participer aux actions d'information et de sensibilisation prévues à l'alinéa précédent".

Code du Travail (CdT)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>

- Artículo L1133-3

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006177837&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

"Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées".

- Artículo L1133-4

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006177837&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

"Les mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement, prévues à l'article L. 5213-6 ne constituent pas une discrimination".

- Artículo L1134-6

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000033437824&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

"Sous réserve des articles L. 1134-7 à L. 1134-10, le chapitre 1er du titre V de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle s'applique à l'action de groupe prévue à la présente section".

- Artículo L1134-7

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000033437824&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

“Une organisation syndicale de salariés représentative au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L. 2122-9 peut agir devant une juridiction civile afin d'établir que plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou plusieurs salariés font l'objet d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur un même motif figurant parmi ceux mentionnés à l'article L. 1132-1 et imputable à un même employeur.

Une association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap peut agir aux mêmes fins, pour la défense des intérêts de plusieurs candidats à un emploi ou à un stage en entreprise.

Pour l'application du présent article, l'organisation syndicale mentionnée au premier alinéa peut, si elle le souhaite, recueillir l'aide d'une association mentionnée au deuxième alinéa”.

- Artículo L1134-8

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000033437824&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

“L'action peut tendre à la cessation du manquement et, le cas échéant, en cas de manquement, à la réparation des préjudices subis.

Sauf en ce qui concerne les candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation, sont seuls indemnisables dans le cadre de l'action de groupe les préjudices nés après la réception de la demande mentionnée à l'article L. 1134-9”.

- Artículo L1134-9

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000033437824&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

“Par dérogation à l'article 64 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, préalablement à l'engagement de l'action de groupe mentionnée à l'article L. 1134-7, les personnes mentionnées au même article L. 1134-7 demandent à l'employeur, par tout moyen conférant date certaine à cette demande, de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée.

Dans un délai d'un mois à compter de la réception de cette demande, l'employeur en informe le comité social et économique, ainsi que les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. A la demande du comité social et économique, ou à la demande d'une organisation syndicale représentative, l'employeur engage une discussion sur les mesures permettant de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée.

L'action de groupe engagée pour la défense des intérêts de plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou de plusieurs salariés peut être introduite à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la demande tendant à faire cesser la situation de discrimination collective alléguée ou à compter de la notification par l'employeur du rejet de la demande”.

- Artículo L1134-10

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000033437824&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

“Lorsque l'action tend à la réparation des préjudices subis, elle s'exerce dans le cadre de la procédure individuelle de réparation définie au chapitre Ier du titre V de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

Le tribunal de grande instance connaît des demandes en réparation des préjudices subis du fait de la discrimination auxquelles l'employeur n'a pas fait droit”.

- Artículo L2241-13

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000035610380&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

“Les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels se réunissent pour négocier, tous les trois ans, sur les mesures tendant à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés.

La négociation porte notamment sur les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle ainsi que sur les conditions de travail, d'emploi et de maintien dans l'emploi.

Les informations nécessaires à la négociation sont déterminées par voie réglementaire”.

- Artículo L3121-49

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000033020273&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

“Les salariés mentionnés aux 1° à 4° et 9° à 11° de l'article L. 5212-13 bénéficient à leur demande, au titre des mesures appropriées prévues à l'article L. 5213-6, d'un aménagement d'horaires individualisés propre à faciliter leur accès à l'emploi, leur exercice professionnel ou le maintien dans leur emploi.

Les aidants familiaux et les proches d'une personne handicapée bénéficient, dans les mêmes conditions, d'un aménagement d'horaires individualisés propre à faciliter l'accompagnement de cette personne”.

- Artículo L323-9-1 (Derogado)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006648306>

“Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés mentionnés à l'article L. 323-3, les employeurs prennent, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 323-3 d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi

correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée, sous réserve que les charges consécutives à la mise en oeuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées, compte tenu des aides qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur.

Ces aides peuvent concerner notamment l'adaptation de machines ou d'outillages, l'aménagement de postes de travail, y compris l'accompagnement et l'équipement individuels nécessaires aux travailleurs handicapés pour occuper ces postes, et les accès aux lieux de travail.

Le refus de prendre des mesures appropriées au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 122-45-4'.

- Artículo L5213-1

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006189802&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

“Est considérée comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique”.

- Artículo L5213-2

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006189802&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

“La qualité de travailleur handicapé est reconnue par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 241-5 du code de l'action sociale et des familles. Cette reconnaissance s'accompagne d'une orientation vers un établissement ou service d'aide par le travail, vers le marché du travail ou vers un centre de rééducation professionnelle. L'orientation vers un établissement ou service d'aide par le travail, vers le marché du travail ou vers un centre de rééducation professionnelle vaut reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé”.

- Artículo L5213-2-1

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006189802&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

“I.-Les travailleurs handicapés reconnus au titre de l'article L. 5213-2 peuvent bénéficier d'un dispositif d'emploi accompagné comportant un accompagnement médico-social et un soutien à l'insertion professionnelle, en vue de leur permettre d'accéder et de se maintenir dans l'emploi rémunéré sur le marché du travail. Sa mise en œuvre comprend un soutien et un accompagnement du salarié, ainsi que de l'employeur.

Ce dispositif, mis en œuvre par une personne morale gestionnaire qui respecte les conditions d'un cahier des charges prévu par décret, peut être sollicité tout au long du parcours professionnel par le travailleur handicapé et, lorsque celui-ci occupe un emploi, par l'employeur.

Le dispositif d'emploi accompagné est mobilisé en complément des services, aides et prestations existants.

II.-Le dispositif d'emploi accompagné est mis en œuvre sur décision de la commission mentionnée à l'article L. 146-9 du code de l'action sociale et des familles en complément d'une décision d'orientation, le cas échéant sur proposition des organismes désignés aux articles L. 5214-3-1, L. 5312-1 et L. 5314-1 du présent code. Cette commission désigne, après accord de l'intéressé ou de ses représentants légaux, un dispositif d'emploi accompagné.

Une convention individuelle d'accompagnement conclue entre la personne morale gestionnaire du dispositif d'emploi accompagné, la personne accompagnée ou son représentant légal et son employeur, précise notamment les modalités d'accompagnement et de soutien du travailleur handicapé et de l'employeur, notamment sur le lieu de travail.

III.-Pour la mise en œuvre du dispositif, la personne morale gestionnaire du dispositif d'emploi accompagné conclut une convention de gestion :

1° D'une part, avec l'un des organismes désignés aux articles L. 5214-3-1, L. 5312-1 et L. 5314-1;

2° Et, d'autre part, lorsqu'il ne s'agit pas d'un établissement ou service mentionné aux 5° ou 7° du I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, avec au moins une personne morale gestionnaire d'un de ces établissement ou service.

Cette convention précise les engagements de chacune des parties.

IV.-Le décret mentionné au I du présent article précise notamment les modalités de mise en œuvre du dispositif d'emploi accompagné, de contractualisation entre le salarié, l'employeur et la personne morale gestionnaire du dispositif, les financements pouvant être mobilisés dans ce cadre, ainsi que les conditions dans lesquelles la personne morale gestionnaire du dispositif d'emploi accompagné ou, le cas échéant, la personne morale gestionnaire d'un établissement ou service conclut avec le directeur de l'agence régionale de santé une convention de financement ou un avenant au contrat mentionné à l'article L. 313-11 du code de l'action sociale et des familles. Le modèle de ces conventions est fixé par arrêté des ministres chargés des affaires sociales et de l'emploi”.

- Artículo L5213-6

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006195888&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

“Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1° à 4° et 9° à 11° de l'article L. 5212-13 d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée.

Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue

à l'article L. 5213-10 qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur.

Le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-3'.

- Artículo L5213-10

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006195889&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

“L'Etat peut attribuer une aide financière du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés à tout employeur soumis à l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés afin de faciliter la mise ou la remise au travail en milieu ordinaire de production des personnes handicapées. Cette aide peut également être destinée à compenser les charges supplémentaires d'encadrement”.

- Artículo R5213-32

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000018526008&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

“L'aide financière prévue à l'article L. 5213-10 peut concerner, notamment :

- 1° L'adaptation des machines ou des outillages ;
- 2° L'aménagement de postes de travail, y compris l'équipement individuel nécessaire aux travailleurs handicapés pour occuper ces postes ;
- 3° Les accès aux lieux de travail”.

- Artículo R5213-33

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000018526008&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

“La demande d'aide financière présentée au titre de l'article R. 5213-32 est adressée au préfet du département où est situé l'établissement.

Elle est accompagnée d'une description technique du projet et d'un devis estimatif ainsi que de l'avis du comité social et économique”.

- Artículo R5213-34

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000018526008&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

“Le montant de l'aide financière susceptible d'être accordée ne peut excéder 80 % du coût de l'adaptation ou de l'aménagement envisagé”.

- Artículo R5213-35

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000018526008&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180218

“Le préfet statue sur la demande d'aide financière. Toutefois, lorsque l'aide susceptible d'être accordée excède un montant fixé par arrêté conjoint des ministres chargés du budget et de l'emploi, l'arrêté du préfet est, avant mise à exécution, transmis au ministre chargé de l'emploi, qui dispose d'un délai de quinze jours à compter de la réception de cet arrêté pour évoquer le dossier et statuer sur la demande”.

Code Penal

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>

- Artículo 225-1

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165298&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20180218

“Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé,

de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales sur le fondement de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de la grossesse, de l'apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, de la perte d'autonomie, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales”.

- Artículo 225-2

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C7AF113AF68499199D77A1EE08BD1DDC.tplgfr35s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165298&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20180218

“La discrimination définie aux articles 225-1 à 225-1-2, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

- 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;*
- 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;*
- 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;*
- 4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à aux articles 225-1-1 ou 225-1-2 ;*

5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue aux articles 225-1-1 ou 225-1-2 ;

6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.

Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende”.

ANEXO D.2. LINKS DE ACCESO A LA DOCTRINA JUDICIAL Y JURISPRUDENCIAL DE FRANCIA

Consejo de estado (*Conseil d'état*)

- Sentencia del *Conseil d'Etat* núm. 301572, de 22 de octubre de 2010.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000022952080&fastReqId=541590045&fastPos=1>

- Sentencia del *Conseil d'Etat* núm. 347703, de 11 de julio de 2012.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000026198987>

Tribunal de apelación (*Cour d'appel*)

- Sentencia de la *Cour d'appel* de Bordeaux núm. 10/03585, de 20 de octubre de 2011.

https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=11889

- Sentencia de la *Cour d'appel* de Douai núm. 12/05719, de 21 de diciembre de 2012.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026868214&fastReqId=1811655876&fastPos=5>

BIBLIOGRAFÍA

ACEMOGLU, D.; ANGIROST, J.D., "Consequences of Employment Protection? The Case of the Americans with Disabilities Act", *Journal of Political Economy*, vol. 109, n.º 5, 2001.

AGUSTI MARAGALL, J., "El «Caso Daouidi»: iter procesal, preguntas y respuestas. La objetivación de la «limitación duradera» como situación de discapacidad", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, vol. 6, 2017.

ALBRECHT, G., *The Disability Business: Rehabilitation in America*, Sage Publications, Chicago, 1992.

ALBRECHT, G.; VERBRUGGE, M., "The Global Emergence of Disability", en ALBRECHT, G. ET AL (EDS.), *Handbook of Social Studies in Health and Medicine*, Sage Publications, Londres, 2000.

ALBRECHT, L. (ED.), "Encyclopedia of Disability", Sage Publications, California, 2006.

ALONSO OLEA, M., "El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900", *Papeles y memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 8, 2000.

ALONSO SOTO, F., "Tratamiento de la discapacidad en la Unión Europea", en DE LORENZO GARCÍA, R. (Coord.), *Tratado sobre Discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007.

ALVAREZ CORTÉS, J.C.; ALONSO RUSSI, E., "Prestaciones de Seguridad Social: algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 106, 2010.

ÁLVAREZ CUESTA, H., "La relación laboral especial de los discapacitados en los centros especiales de empleo", *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, n.º 5, 2004.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1982.

ANNAS, K.R., "Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams: Part of an Emerging Trend of Supreme Court Cases Narrowing the Scope of the ADA", *North Carolina Law Review*, vol. 81, n.º 2, 2003.

ANSPACH, R.R., "From Stigma to Identity Politics: Political Activism among the Physically Disabled and Former Mental Patients", *Social Science and Medicine*, vol. 13A, 1979.

ARIAS DOMINGUEZ, A., *Absentismo laboral*, Civitas, Madrid, 2013.

ARNAU RIPOLLÉS, M.S., “La Vida Independiente como fin de las políticas públicas de discapacidad”, en GARCÍA ALONSO, V. (Coord.), *El movimiento de vida independiente. Experiencias internacionales*, Fundación Luis Vives, 2013.

ASCH, A., “Disability, Bioethics, and Human Rights”, en ALBRECHT, G., SEELMAN, K., BURY, M. (Eds.) *Handbook of Disability Studies*, Sage Publications, Estados Unidos de América, 2001.

ASCH, A.; FINE, M., *Women with Disabilities: Essays in Psychology Culture and Politics*, Temple University Press, Philadelphia, 1988.

AST, F., “Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles”, Conseil d'Europe, Strasbourg, 2009.

AST, F., “Les droits sociaux fondamentaux des personnes handicapées dans l'Union européenne”, en *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruselas, 2004.

AUTRY, J.R., “Reasonable Accommodation Under the ADA: Are Employers Required to Participate in the Interactive Process? The Courts Say «YES» But the Law Says «NO»”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 79, 2003.

AZNAR LÓPEZ, M.; NIÑO RAEZ, E.; SAINZ DE ROBLES, F. C.; AZÚA BERRA, P., *Integración social de los minusválidos: comentarios a la ley 13/1982, de 7 de abril*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1982.

AZÚA BERRA, P., “El desarrollo de la LISMI, 25 años después.”, en VVAA, *Congreso nacional de empleo y discapacidad*, AFEM, Madrid, 2007.

AZÚA BERRA, P., “Evolución de la legislación española en materia de discapacidad en la etapa democrática”, en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

BACACHE, M., “Droit des handicapés - Convention des Nations Unies”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, vol. 5, n.º 1, 2010.

BARBERO MARCOS, J., *Normas internacionales del trabajo de la OIT*, Lex Nova, Valladolid, 1993.

BARHORST STACIE, E., “What Does Disability Mean: The Americans with Disabilities Act of 1990 in the Aftermath of Sutton, Murphy, and Albertsons”, *Drake Law Review*, vol. 49, 1999.

BARNARD, C., "The Changing Scope of the Fundamental Principle of Equality?", *McGill Law Journal*, vol. 46, 2001.

BARNES, C., "Theories of Disability and The Origins of the Oppression of Disabled Person in Western Society", en *Disability and Society*, Longman, Reino Unido, 1996.

BARNES, C.; MERCER, G., *Disability*, Polity Press, Cambridge, 2003.

BARREIRO GONZÁLEZ, G., *Diligencia y negligencia en el cumplimiento: estudio sobre la prestación de trabajo debida por el trabajador*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

BARRY, K., "Toward Universalism: What the ADA Amendments Act of 2008 Can and Can't Do for Disability Rights", *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 31, n.º 2, 2010.

BAYLOS GRAU, A., "El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario", *Revista de Derecho Social*, vol. 57, 2012.

BECERRA TRAVER, M.T.; LUCERO FUSTES, M.; MONTANERO FERNÁNDEZ, M., "¿Cómo ayudan los compañeros de trabajo a los empleados con discapacidad intelectual? : Una experiencia de coaching laboral en empleo con apoyo", *Revista Española de Orientación y Psicopedagogía*, vol. 28, n.º 1, 2017.

BEFORT, S., "An Empirical Analysis of Case Outcomes Under the ADA Amendments Act", *Washington and Lee Law Review*, vol. 70, 2013.

BELL, M., "Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission's 2008 Proposal for a New Directive", *Equal Rights Review*, vol. 3, 2009.

BELL, M.; WADDINGTON, L., "Reflecting on Inequalities in European Equality Law", *European Law Review*, vol. 28, n.º 3, 2003.

BELL, M.; WADDINGTON, L., *The Employment Equality Directive and Supporting People with Psychosocial Disabilities in the Workplace: A Legal Analysis of the Situation in the EU Member States*, Comisión Europea, Bruselas, 2016.

BETSCH, N., "The Ring and Skouboe Werge Case: A Reluctance Acceptance of the Social Approach of Disability", *European Labour Law Journal*, vol. 4, 2013.

BICKENBACH, J., "Disability, Culture and the UN Convention", *Disability and Rehabilitation*, vol. 31, n.º 14, 2009.

BICKENBACH, J., "Disability Human Rights Law and Policy", en ALBRECHT, G. (Ed.), *Handbook of Disability Studies*, vol. 1, Sage Publications, Estados Unidos de América, 2001.

BICKENBACH, J. ET AL, "Models of Disablement, Universalism and the International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps", *Social Science & Medicine*, vol. 48, 1999.

BIEDMA FERRER, J. M., "El pasajero aéreo discapacitado y la normativa comunitaria: especial referencia al turismo accesible", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. 5, 2012.

BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BIEL PORTERO, I.; REY ANEIROS, A., "La apuesta comunitaria por el enfoque de los derechos de las personas dependientes: la dignidad de la persona como punto de partida", en FERNÁNDEZ LIESA, C.R. (ed.) *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2007.

BLANCK, P., "Calibrating the Impact of the ADA's Employment Provisions", *Stanford Law & Policy Review*, vol. 14, n.º 2, 2003.

BLANCO EGIDO, E.; SÁNCHEZ SALCEDO, A.M., "Enfoque de la discapacidad en los organismos internacionales", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, vol. 65, 2006.

BLATGE, M., "Le handicap: objet de négociation collective ou de communication?", *La Revue de l'Ires*, vol. 4, n.º 67, 2010.

BLATMAN, M., "L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées", Informe del defensor de los derechos de la República Francesa, diciembre 2016.

BRADDOCK, D.L.; PARISH, S.L., "An Institutional History of Disability", en *Handbook of Disability Studies*, Sage Publications, Estados Unidos de América, 2001.

BRANDFIELD, J., "Undue Hardship: Title I of the Americans with Disabilities Act", *Fordham Law Review*, vol. 59, n.º 1, 1990.

BRANDSMA, J.W., "Reflection on the Definition of Impairment and Disability as Defined by the World Health Organization", *Disability and Rehabilitation*, vol. 17, n.º 3/4, 1995.

BRENNAN-KROHN, Z, "Employment for People with Disabilities: A Role for Anti-Subordination", *Harvard Rights Civil Liberties Law Review*, vol. 51, 2016.

BUNBURY, S., "The Employer's Duty to Make Reasonable Adjustments. When is a Reasonable Adjustment, Not Reasonable?", *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 10, n.º 3, 2009.

BURGDORF, R., "Restoring the ADA and Beyond: Disability in the 21st Century", *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights*, vol. 13, n.º 2, 2008.

BURGDORF, R., "Substantially Limited. Protection from Disability Discrimination: The Special Treatment Model and Misconstructions of the Definition of Disability", *Villanova Law Review*, vol. 42, n.º 2, 1997.

BURGDORF, R., "The Special Treatment Model and Misconstructions of the Definition of Disability", *Villanova Law Review*, vol. 42, n.º 2, 1997.

BUSBY, N., "A Small Step or a Giant Leap? Archibald v Fife Council", *Edinburgh Law Review*, vol. 9, n.º 1, 2005.

CABEZA PEREIRO, J., "La discriminación por discapacidad: el caso Chacón Navas", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 102, 2013.

CARDO RODRÍGUEZ, I., "Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?", *La Ley Unión Europea*, vol. 43, 2016.

CARRILLO SALCEDO, J., "Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 9, 2001.

CARRIZOSA PRIETO, E., "Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol. 96, 2008.

CARRIZOSA PRIETO, E., "Discapacidad, discriminación e indemnidad: algunas claves para proteger al trabajador enfermo", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, n.º 1, 2016.

CASADO PÉREZ, D., "Conceptos sobre la discapacidad. Apuntes", *Boletín Real Patronato sobre Discapacidad*, vol. 50, 2001.

CASADO PÉREZ, D., *Panorámica de la discapacidad*, Instituto de Trabajo Social y Servicios Sociales, Madrid, 1991.

CASSERLEY, C.; GOODING, C., "Disability", *Discrimination Law Association Briefings*, vol. 40, n.º 563, 2010.

CHARRO BAENA, P.; SAN MARTIN MAZZUCONNI, C., "Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, vol. Extra 3, 2007.

COLKER, R., *When is Separate Unequal*, Cambridge University Press, Nueva York, 2009.

COLVERZ, A.; ROBINE, J.M., "Problems Encountered in Using the Concepts of Impairment, Disability and Handicap in a Elath Assesment Survey of the Elderly in Upper Normandy", *International Rehabilitative Medicine*, vol. 8, 1986.

CORDERO GORDILLO, V., "Discriminación por asociación con una persona con discapacidad", *Revista de Derecho Social*, vol. 43, 2008.

CORDERO GORDILLO, V., "El papel de los centros especiales de empleo en la integración laboral de las personas con discapacidad", en *Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo: XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.

CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

COURTIS, C., "Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003", *Revista Jueces para la Democracia*, vol. 51, 2004.

COURTIS, C., "Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas", en DE LORENZO GARCÍA, R. (Coord.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2007.

CUENCA GÓMEZ, P., "Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad", *Papeles: el tiempo de los derechos*, vol. 3, 2011.

CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2012.

DADAKIS, J. D.; RUSSO, T.R., "Religious Discrimination in Employment: The 1972 Amendment – A Perspective", *Fordham Urban Law Journal*, vol. 3, n.º 2, 1974.

DAY, S.; BRODSKY, G., "The Duty to Accommodate: Who will Benefit?", *Canadian Bar Review*, vol. 75, 1996.

DE ASIS ROIG, R., "Derechos Humanos y Discapacidad", en *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, Dykinson, Buenos Aires, 2006.

DE ASIS ROIG, R., "Sobre el modelo social de la discapacidad: Críticas y éxito", *Papeles: el tiempo de los derechos*, vol. 1, 2013.

DE ASIS ROIG, R., "Unas primeras reflexiones sobre la Ley general de derechos de las personas con discapacidad", *Papeles: el tiempo de los derechos*, n.º 12, 2013.

DE ASIS ROIG, R.; CAMPOY CERVERA, I.; BENGOCHEA GIL, M.A., “Derecho a la igualdad y a la diferencia: análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva”, en DE LORENZO GARCÍA, R. (Coord.), *Tratado sobre discapacidad*, Editorial Aranzadi, 2007.

DE ASIS ROIG, R.; DE BARIFFI, F.; PALACIOS RIZZO, A., “Principios éticos y fundamentos jurídicos”, en DE LORENZO GARCÍA, R. (Coord.), *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007.

DE ASIS ROIG, R. ET AL, *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007.

DE BURCA, G., “The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention”, *European Law Review*, vol. 35, n.º 2, 2010.

DE BURCA, G., “The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, n.º 1, 2012.

DE LA VILLA, E.; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *Derecho al trabajo de las personas con minusvalía*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1991.

DE LA VILLA GIL, L. E., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, vol. 32, 2001.

DE LORENZO GARCÍA, R., *El futuro de las personas con discapacidad en el mundo. Desarrollo humano y Discapacidad*, Fundación ONCE, Madrid, 2003.

DE LORENZO GARCÍA, R., “La Convención, un desafío inaplazable”, en *La Convención Internacional sobre el derecho de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DE LORENZO GARCÍA, R., “Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado”, en DE LORENZO GARCÍA, R. (Coord.), *Tratado sobre discapacidad*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007.

DE LORENZO GARCÍA, R., “Los contornos del Derecho de la Discapacidad”, en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

DE LORENZO GARCÍA, R., “Panorámica del impacto de la Convención en los derechos de las personas con discapacidad en España”, *Anales de derecho y discapacidad*, n.º 1, 2016.

DE LORENZO GARCÍA, R.; CABRA DE LUNA, M.A., “Análisis de la nueva legislación sobre no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal”, en DE LORENZO GARCÍA, R. (Coord.), *Tratado sobre discapacidad*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007.

DE LORENZO GARCÍA, R.; CABRA DE LUNA, M.A., “El empleo de las personas con discapacidad”, en DE LORENZO GARCÍA, R. (Coord.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2007.

DE LORENZO, R.; PALACIOS, A., “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, en *Los Derechos de las personas con discapacidad*, vol. 1, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 2007.

DEGENER, T., “A Human Rights Model of Disability”, en *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*, Routledge, Londres, 2017.

DEGENER, T., “Disability Discrimination Law: A global Comparative Approach”, en *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Hart Publishing, Reino Unido, 2003.

DEGENER, T., “Disability Persons and Human Rights: The Legal Framework”, en DEGENER, T., KOSTER-DRESSEY, Y. (Eds.) *Human Rights and Disabled Persons*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1995.

DEL REY GUANTER, S. (DIR), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con Jurisprudencia*, 3ª ed., La Ley, Madrid, 2013.

DELEIRE, T., “The Unintended Consequences of the Americans with Disabilities Act”, *Regulation*, vol. 23, n.º 1, 2000.

DESDENTADO DAROCA, E., “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas”, *Revista de información laboral*, vol. 3, 2017.

DI NASSO, P., “Mirada histórica de la discapacidad”, *Catedra Iberoamericana*, vol. 9, 2004.

DI TULLIO ARIAS, A., “Hacia una justicia sin fronteras? El enfoque de las capacidades de Martha Nussbaum y los límites de la justicia”, *Revista internacional de filosofía*, vol. 58, 2013.

DICKSON, H.G., “Problems with the ICIDH Definition of Impairment”, *Disability and rehabilitation*, vol. 18, n.º 1, 1998.

DIDIER- COURBIN, P.; GILBERT, P., “Éléments d’information sur la législation en faveur des personnes handicapées en France : de la loi de 1975 à celle de 2005, Abstract”, *Revue française des affaires sociales*, n.º 2, 2005.

DILLER, M., “Judicial backlash, the ADA, and the civil rights model”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 21, 2000.

DOYLE, B., *Disability discrimination: law and practice*, 6th ed, Jordan Publishing Ltd, Bristol, 2008.

DOYLE, B., "Enabling Legislation or Dissembling Law? The Disability Discrimination Act 1995", *The Modern Law Review*, vol. 60, n.º 1, 1997.

DUNCAN, A., "Defining disability in the ADA: Sutton v. United Airlines, Inc", *Louisiana Law review*, vol. 60, n.º 3, 2000.

EGEA GARCÍA, C.; SARABIA SÁNCHEZ, A., "Clasificación de la OMS sobre discapacidad", *Boletín Real patronato sobre Discapacidad*, vol. 50, 2001.

ELOSEGUI ITXASO, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Cánada y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, Aranzadi, Navarra, 2013.

EQUALITY AND HUMAN RIGHTS COMISSION, *Employment: statutory code of practice.*, TSO, London, 2011.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2007.

ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibídem, Madrid, 1999.

ESTEBAN LEGARRETA, R., *Derecho al Trabajo de las Personas con Discapacidad*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Real Patronato sobre discapacidad), Madrid, 2001.

ESTEBAN LEGARRETA, R., "El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 6, 2017.

ESTEBAN LEGARRETA, R., "El empleo protegido en España: Configuración normativa", en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, 2009.

ESTEBAN LEGARRETA, R., "Incidencia de la reforma de la incapacidad temporal en la suspensión del contrato de trabajo", en VVAA, *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996.

ESTEBAN LEGARRETA, R., "La estrategia global de empleo de las personas con discapacidad. Un balance crítico tras su finalización", *Revista de derecho social*, n.º 61, 2013.

ESTEBAN LEGARRETA, R., "La obligación empresarial de realizar aportaciones al Tesoro Público en despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años. Un análisis crítico tras cuatro años de vigencia", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, vol. 12, 2015.

ESTEBAN LEGARRETA, R., “La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997- 2000)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2001.

ESTEBAN LEGARRETA, R., “Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 127, 2014.

ESTEBAN LEGARRETA, R., “Un análisis en perspectiva jurídica del II Acuerdo MTAS-CERMI”, *Boletín del Real Patronato sobre discapacidad*, n.º 56, 2003.

ESTEBAN LEGARRETA, R., “Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos en favor del empleo de las personas con discapacidad”, *Documentación laboral*, n.º 64, 2001.

ESTEBAN LEGARRETA, R. (DIR.); PÉREZ AMORÓS, F. (DIR.), *La aplicación del derecho del trabajo en los centros especiales de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

ESTEBAN LEGARRETA, R.; GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo.”, *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, vol. 2, n.º 1, 2014.

ESTEBAN LEGARRETA, R.; NUÑEZ GONZÁLEZ, C., “Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo”, en VVAA, *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2005.

ETHERINGTON, B., “Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada’s latest word on the duty to accommodate”, *Canadian Labour Law Journal*, vol. 1, 1992.

EUROPEAN DISABILITY FORUM, “Observations on the Proposal for a Council Directive on Implementing the Principle of Equal Treatment between Persons Irrespective of Religion or Belief, Disability, Age or Sexual Orientation”, 2008.

FALGUERA BARÓ, M.A., “El reconocimiento de la condición de discapaz por la concesión de grado de invalidez permanente en el régimen de la Seguridad Social”, en ITURRI GÁRATE, J.C. (Dir.), *La protección jurídica civil, penal, administrativa y social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

FAVALLI, S.; FERRI, D., “Defining Disability in the European Union Non-discrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Restraints”, *European Public Law*, vol. 22, n.º 3, 2016.

FERNÁNDEZ MARTINEZ, S., “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n.º 1, 2015.

FERNÁNDEZ MARTINEZ, S., “Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, vol. 28, 2017.

FERNÁNDEZ MARTINEZ, S., “L’evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un’inclusione delle malattie croniche?”, *Diritto delle relazioni industriali: rivista della Associazione lavoro e ricerche*, vol. 27, n.º 1, 2017.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

FERNÁNDEZ-GARCIA, A., “Crisis económica y medidas de fomento del empleo de las personas con discapacidad”, *IusLabor*, vol. 1, 2016.

FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., “Compatibilidad trabajo-pensión de incapacidad: evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Actualidad laboral*, vol. 2, 2013.

FERNÁNDEZ-LÓPEZ, J.A., “Funcionamiento y discapacidad: La Clasificación Internacional del Funcionamiento (CIF)”, *Revista Española de Salud Pública*, vol. 83, 2009.

FERREIROS MARCOS, C.E., “Salud Mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario”, *Colección CERMI*, vol. 27, 2007.

FILLION, E.; GUÉVEL, M.R.; ROUSSEL, P., “Aménagements raisonnables et Situations de handicap. Quels usages d’un nouveau cadre juridique?”.

FINKELSTEIN, V., *Attitudes and Disabled People: Issues for Discussion*, World Rehabilitation Fund, Reino Unido, 1980.

FINKELSTEIN, V., “Disability: a Social Challenge or an Administrative Responsibility?”, en *Disabling Barriers - Enabling Environments*, Sage Publications, Londres, 1993.

FITA ORTEGA, F., *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

FOUGEYROLLAS, P., “Documenting Environmental Factors for Preventing the Handicap Creation Process: Quebec Contributions relating to ICIDH and Social Participation of People with Functional Differences”, *Disability and Rehabilitation*, vol. 17, n.º 3-4, 1993.

FRASER BUTLIN, S., "The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Does the Equality Act 2010 Measure up to UK International Commitments?", *Industrial Law Journal*, vol. 40, n.º 4, 2011.

FREDMAN, S., "Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm?", en *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

FREDMAN, S., "Equality: A New Generation", *Industrial Law Journal*, vol. 30, n.º 2, 2001.

GALA DURÁN, C., "La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la Ley 27/2011", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol. 122, 2013.

GARCÍA MURCIA, J., "El trabajo de los incapacitados", *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, vol. 91, 1998.

GARCÍA QUIÑONES, J.C., "El concepto jurídico laboral de discapacitado", en *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

GARCÍA QUIÑONES, J.C., "El concepto jurídico laboral de discapacitado", en VALDÉS DAL-RE, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, 2005.

GARRIDO PÉREZ, E., "El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial", en *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, 2003.

GARRIDO PÉREZ, E., *El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo*, Tirant lo Blanch, 2000.

GARRIDO PÉREZ, E., "El Tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 59, 2001.

GETE CASTRILLO, P., "Extinción de contratos de trabajo por causa de jubilación o incapacidad permanente del empresario", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 1999.

GILL, C.J., "Four Types of Integration in Disability Identity Problems", *Journal of Vocational Rehabilitation*, vol. 9, 1997.

GIMÉNEZ GLÜCK, D., "La discriminación múltiple en el Derecho de la Unión", *Revista Española de Derecho Europeo*, vol. 45, 2013.

GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., *La incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2006.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral”, *Revista de Política Social*, vol. 127, 1980.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación.”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 7, 1986.

GOÑI SEIN, J.L., “La obligación empresarial de realizar medidas de adaptación como contenido integrante del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 6, 2017.

GOÑI SEÍN, J.L.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, Navarra, 2015.

GOÑI SEIN, J.L.; RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, Navarra, 2015.

GOÑI SEIN, J.L.; RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La regulación convencional en materia de adaptación del puesto de trabajo y reubicación de trabajadores con limitaciones psicofísicas”, *Revista de información laboral*, n.º 12, 2015.

GOODING, C., “Disability Discrimination Act: from statute to practice”, *Critical Social Policy*, vol. 20, n.º 4, 2000.

GOODING, C., “The Disability Discrimination Act 1995: An Overview”, en COOPER, J. (ed.) *Law Rights and Disability*, Kingsley, Londres, 2000.

GOSS, D.; GOSS, F.; ADAM-SMITH, D., “Disability and employment: a comparative critique of UK legislation”, *International Journal of Human Resource Management*, vol. 11, n.º 4, 2000.

GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “Estudio bibliográfico sobre discapacidad, enfermedad y extinción de contrato”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 6, 2017.

GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La discriminación por discapacidad en la regulación de las extinciones por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas: ¿Una cuestión europea de determinación nacional? Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, vol. 206, 2018.

GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo: Una visión internacional y europea de su configuración y eficacia como mecanismo de control a las extinciones de personas con discapacidad”, *Trabajo y Derecho*, vol. 6, 2017.

HABER, L.D., “Trends and Demographic Studies on Programs for Disabled Persons”, en PERMAN, L.G., AUSTIN, G.F. (Eds.) *Social influences in Rehabilitation Planning: Blueprint for the 21st Century*, National Rehabilitation Association, Estados Unidos de América, 1985.

HAND, J., “Outside the Equality Act: Non-standard Protection from Discrimination in British Law”, *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 15, n.º 4, 2015.

HENDRIKS, A., “Disability Equality after Amsterdam”, en *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

HENDRIKS, A., “UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *European Journal of Health Law*, vol. 14, 2007.

HEPPLE, B., “The New Single Equality Act in Britain”, *The Equal Rights Review*, vol. 5, 2010.

HERNÁNDEZ VITORIA, M.J., “Una lectura de la ley 51/03 desde las aportaciones del ordenamiento comunitario en materia de derechos fundamentales y del principio de discriminación”, en ITURRI GARATE, J.C. (Dir.), *La protección jurídica civil, penal, administrativa y social de la persona con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

HERRERA-CASTAÑEDO, S.; VÁZQUEZ BARQUERO, J.L.; GAITE PINDADO, L., “La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)”, *Rehabilitación: Revista de la Sociedad Española de Rehabilitación y Medicina Física*, vol. 42, n.º 6, 2008.

HIERRO HIERRO, F.J., “Despido y procesos de incapacidad temporal: una aproximación a la doctrina judicial y jurisprudencial española antes y tras la STJUE de 1 de diciembre de 2015, Daouidi, C-395/15”, *Revista Galega de Dereito Social*.

HIEß, C.; BOOT, G., “The Application of the EU Framework for Disability Discrimination in 18 European Countries”, *European Labour Law Journal*, vol. 4, n.º 2, 2013.

HILL, H., “The Equal Employment Opportunity Acts of 1964 and 1972: A Critical Analysis of the Legislative History and Administration of the Law”, *Industrial Relations Law Journal*, vol. 2, n.º 1, 1977.

HOSKING, D., "Great Expectations: Protection from Discrimination because of Disability in Community Law", *European Law Review*, vol. 31, n.º 5, 2006.

HOTMAAT, R., "Netherlands Report on Measures to Combat Discrimination, Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC".

HOWARD, E., "Equality: A Fundamental Right in the European Union?", *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 10, 2009.

HOWARD, E., "EU Equality Law: Three Recent Developments", *European Law Journal*, vol. 17, 2011.

HUNT, P., *Stigma: The Experience of Disability*, Chapman, Estados Unidos de América, 1966.

ITURRI GÁRATE, J.C., "La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 6, 2017.

JIMÉNEZ BUÑUALES, M.T.; PAULINO GONZÁLEZ, D.; MARTÍN MORENO, J.M., "La clasificación internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la salud (CIF) 2001", *Revista Española de Salud Pública*, vol. 76, 2002.

JIMÉNEZ LARA, A., "Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes", en DE LORENZO GARCÍA, R. (Coord.), *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007.

JIMÉNEZ LARA, A.; HUETE GARCÍA, A., "Políticas públicas sobre discapacidad en España. Hacia una perspectiva basada en los derechos", *Revista Política y Sociedad*, vol. 47, n.º 1, 2010.

JOLLS, C., "Accommodation Mandates", *Stanford Law Review*, vol. 53, 2000.

JOLY, L., *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Dalloz, Paris, 2015.

KAYESS, R.; FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Human Rights Law Review*, vol. 8, n.º 1, 2008.

KETT, M.; LANG, R.; TRANI, J.F., "Disability, Development and the Dawning of a New Convention: A cause for Optimism?", *Journal of International Development*, vol. 21, n.º 5, 2009.

KLOEHN NAEF, A., "Toyota Motor Manufacturing v. Williams: A Case of Carpal Tunnel Syndrome Weakens the Grip of the Americans with Disabilities Act", *Pepperdine Law Review*, vol. 31, 2004.

KRUSE, D.; SCHUR, L., "Employment of People with Disabilities Following the ADA", *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, vol. 42, n.º 1, 2003.

LACLETA MICHELENA, J.M., "Los proyectos Horizon", *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, vol. 65, 1998.

LAHERA FORTEZA, J., *Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

LANE, J.; MUNKHOLM, N. V., "Danish and British protection from disability discrimination at work—past, present and future", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 31, n.º 1, 2015.

LANG, R.; KETT, M.; GROCE, N.; TRANI, J.F., "Implementing the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: principles, implications, practice and limitations", *ALTER - European Journal of Disability Research / Revue Européenne de Recherche sur le Handicap*, vol. 5, n.º 3, 2011.

LATTES, J.M., "Travailleurs handicapés", *Repertoire de Droit du Travail*, Ed. Dalloz, 2002.

LAULOM, S., "The Right to Work for Disabled Workers in France", *Revista Derecho Social y Empresa*, vol. Supl. 1, n.º Abril 2015.

LAWSON, A., "Disability and Employment in the Equality Act 2010: Opportunities Seized, Lost and Generated", *Industrial Law Journal*, vol. 40, n.º 4, 2011.

LAWSON, A., *Disability and Equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, Hart Publishing, Oxford, 2008.

LAWSON, A., "Disability Equality Reasonable Accommodation and the Avoidance of Ill Treatment in Places of Detention: The Role of Supranational Monitoring and Inspection Bodies", *The International Journal of Human Rights*, vol. 16, n.º 6, 2012.

LAWSON, A., "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, 2007.

LEFRANCOIS, M., "The Scope of the Duty to Accommodate in the Large Employment Setting", *Canadian Labour Law Journal*, vol. 5, 1997.

LEPOFSKY, D., "The Duty to Accommodate: A Purposive Approach", *Canadian Labour Law Journal*, vol. 1, 1992.

LIDÓN HERAS, L., "Derechos humanos, discapacidad y toma de conciencia: artículo 8 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, un camino previo por recorrer", 2013, Universidad de Valencia, Valencia.

LINDEN, T. Y WONG, G., "Positive Discrimination: The Impact of Archibald", *New Law Journal*, vol. 154, 2004.

LINTON, S., *Claiming disability: Knowledge and Identity*, New York University Press, Nueva York, 1998.

LISSACK, R.; SHORT, A., "Disability Discrimination Act: A Reasonable Approach to Reasonable Adjustment", *Employment Law Journal*, vol. 66, 2005.

LOCKE, S., "The Incredible Shrinking Protected Class: Redefining the Scope of Under the Americans with Disability Act", *University of Colorado Law Review*, vol. 68, 1997.

LONG, A., "Introducing the New and Improved Americans with Disabilities Act: Assessing the ADA Amendments Act of 2008", *Northwestern University Law Review*, vol. 103, 2008.

LÓPEZ CONTRERAS, M.; RIEGO VILLA, J., "Unión Europea. Introducción", en *Código Europeo de las Minusvalías*, Escuela Libre, Madrid, 1996.

LORD, J ET AL, "Lessons from the Experience of U.N. Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Addressing the Democratic Deficit in Global Health Governance", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 38, 2010.

LORD, J.; STEIN, M.A., "The Domestic Incorporation of Human Rights Law and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Washington Law Journal*, vol. 83, 2008.

LYNK, M., "Accommodating disabilities in the Canadian workplace", *Canadian Labour Law Journal*, vol. 7, 1999.

MANGAS MARTÍN, A., "Artículo 26. Integración de las Personas Discapacitadas", en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

MARQUEZ CALLEJA, L., "Jurisprudencia sobre no discriminación de personas con discapacidad", en *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ediciones Cinca, Madrid, 2012.

MARTIN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURICA, J., *Derecho del trabajo*, Vigésimosexta edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2017.

MARTINEZ-PUJALTE, A.L., *Derechos fundamentales y discapacidad*, Cinca, 2015.

MARTINEZ-PUJALTE, A.L., “Los principios básicos del nuevo Derecho español de la discapacidad a la luz de la LIONDAU”, en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

MAYERSON, A., “Restoring Regard for the Regarded as Prong Giving Effect to Congressional Intent”, *Villanova Law Review*, vol. 42, n.º 2, 1997.

MAYERSON, A., “The Americans with Disabilities Act: An Historic Overview”, *The Labor Lawyer*, vol. 7, n.º 1, 1991.

MCTIGUE, P., “Critiquing ‘disability’: the Disability Discrimination Act’s interplay with society”, en *In-Spire*, Keele University, 2007.

MEAGER, N, ET AL, “Monitoring the Disability Discrimination Act”, *DfEE Research Report*, vol. 11, 1999.

MÉGRET, F., “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?”, *Human Rights Quarterly*, vol. 30, n.º 2, 2008.

MELISH, T., “The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify”, *Human Rights Brief*, vol. 14, n.º 2, 2007.

MERCAT-BRUNS, M., *Discrimination at Work: Comparing European, French, and American Law*, University of California Press, Oakland.

MIRANDA BOTO, J.M., *Las competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*, Aranzadi, Navarra, 2009.

MOLINA NAVARRETE, C., “Del «principio» al «derecho» a la igualdad de oportunidades: las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 251, 2004.

MOLINA NAVARRETE, C., “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: Una interpretación correctora a la luz del caso Ring”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol. 130, 2015.

MOLINA NAVARRETE, C., “La ilegitimidad constitucional del despido por absentismo laboral y el margen de reinterpretación adecuada desde el Derecho Comunitario (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm 33 de Barcelona, de 17 de septiembre de 2013, proceso núm. 679/2013)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 370, 2014.

MONTOIYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, Civitas, Madrid, 2009.

MONTOYA MEDINA, D., "Incapacidad permanente para el trabajo e ineptitud del trabajador", en VVAA, *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Madrid, 2017.

MONZÓN, P.; TRÖMEL, S.; SOTO RUÍZ, J.J., "El impacto de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *El empleo público y las personas con discapacidad*, Cinca, Madrid, 2009.

MORA GONZÁLEZ, V.; CABRA DE LUNA, M.A., "Hacia una nueva regulación del trabajo de las personas con discapacidad", *Anales de derecho y discapacidad*, n.º 1, 2016.

MORAL ORTEGA, O., "La normalización laboral de las personas con discapacidad", en ITURRI GÁRATE, J.C. (Dir.), *La protección jurídica civil, penal, administrativa y social de la persona con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

MORENO DE VEGA Y LOMO F., "¿Compatibilidad entre pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 6, n.º 4, 2013.

MORENO GENÉ, J., "La «enfermedad asimilada a discapacidad» como límite al despido del trabajador por sus ausencias de trabajo", *Iuslabor*, n.º 2, 2016.

MORENO GENÉ, J., "Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 9-10, 2014.

MORENO GENÉ, J.; ROMERO BURILLO, A.M., "La protección de los discapacitados en la Constitución Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 57, 2005.

MORENO SOLANA, A., "La extinción del contrato de los trabajadores declarados no aptos o aptos con limitaciones por el servicio médico de prevención", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 6, 2017.

MUIR, E., "(Il)legitimate differential treatment", *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 15, n.º 1-3, 2015.

MULLER, J.F., "Olmstead v. L.C. and the Voluntary Cessation Doctrine: Toward a More Holistic Analysis of the Effectively Working Plan", *Yale Law Journal*, vol. 118, 2009.

MUÑOZ RUIZ, A.M., "El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, Coleman y otros, C-303/06", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol. 101, 2009.

NEUVONEN, P., "Inequality in Equality in European Union Equality Directives: A Friend or a Foe of More Systematized Relationships between the Protected Grounds", *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 15, n.º 4, 2015.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., "El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente", *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, n.º 25, 2012.

NUÑEZ GONZÁLEZ, C., *Interculturalidad y Derecho del Trabajo. Una aproximación a la gestión no discriminatoria de la diversidad cultural en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

NUÑEZ GONZÁLEZ, C., *La integración laboral de las personas con discapacidad: régimen jurídico*, Escuela Libre, Madrid, 2000.

NUÑEZ GONZÁLEZ, C., "La tutela antidiscriminatoria por razón de la discapacidad en el ordenamiento jurídico laboral", en BALLESTER PASTOR, A (Coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

NUSSBAUM, M., *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Edimburgo, 2001.

O'CONNOR, C.; LIU, K., "Defining the Limits of Discrimination Law in the United Kingdom: Principle and Pragmatism in Tension", *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 15, n.º 1-2, 2015.

O'HARE, U., "Enhancing European Equality Rights: A New Regional Framework", *Maastricht Journal*, vol. 8, 2001.

OJEDA-AVILÉS, A., "El procedimiento de colocación, revisado", *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n.º 14, 1983.

OLIVER, M., "A Sociology of Disability or a Disablist Sociology?", en *Disability and Society*, Longman, Reino Unido, 1996.

OLIVER, M., *The Politics of Disablement: A Sociological Approach*, Macmillan, Reino Unido, 1990.

OLIVER, M., *Understanding Disability: From Theory to Practice*, Macmillan, London, 1996.

ONUFRIO, M.V., "Intersectional Discrimination in the European Legal Systems: Towards a Common Solution?", *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 14, n.º 2, 2014.

PALACIOS RIZZO, A., "El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables", en CAMPOY

CERVERA, I. (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004.

PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.

PALACIOS RIZZO, A., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007.

PALACIOS RIZZO, A., "The Social Model in the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *The Age of Human Rights Journal*, vol. 4, 2015.

PALACIOS RIZZO, A.; BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007.

PALACIOS RIZZO, A.; PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), "La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española", en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

PALACIOS RIZZO, A.; ROMANACH, J., "El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)", *Revista sociológica de pensamiento crítico*, vol. 2, n.º 2, 2008.

PALMER, C.; MCCOLGAN, A. (eds.), *Discrimination law handbook*, 2nd ed, Legal Action Group, London, 2007.

PANTANO, L., "Clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud (CIF): la versión en lengua española", *Siglo Cero: Revista Española sobre discapacidad intelectual*, vol. 34, n.º 35, 2003.

PASTOR MARTINEZ, A., "El deber de adaptación de las condiciones de Trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de Trabajo", en VVAA, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, Madrid, 2015.

PEARSON, C. ET AL, "Don't Get Involved: An Examination of How Public Sector Organisations in England Are Involving Disabled People in the Disability Equality Duty", *Disability and Society*, vol. 26, 2011.

PEARSON, C.; WATSON, N., "Tackling disability discrimination in the United Kingdom: the British Disability Discrimination Act", *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 23, 2007.

PÉREZ ALONSO, J., “¿El ocaso de Chevron? Auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo”, *Revista de administración pública*, vol. 184, 2011.

PÉREZ BUENO, L.C., “La Recepción de la Convención de la ONU en el Ordenamiento Jurídico Español: Ajustes necesarios”, en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, 2009.

PÉREZ BUENO, L.C.; DE LORENZO GARCÍA, R., “Los difusos límites de la discapacidad en el futuro: Hacia un nuevo estatuto de la discapacidad”, en DE LORENZO GARCÍA, R. (Coord.), *Tratado sobre Discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007.

PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.), *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva*, Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid, 2015.

PÉREZ PÉREZ, J., “La cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad: Una visión crítica de la regulación de las medidas alternativas a su cumplimiento”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 5, n.º 4, 2012.

PERMAN, L.G.; AUSTIN, G.F., *Societal Influences in Rehabilitation Planning: a Blueprint for the 21st Century*, National Rehabilitation Association, Alexandria, 1985.

PILGERSTORFER, M; FORSHAW, S., “Transferred Discrimination in European Law”, *Industrial Law Journal*, vol. 37, n.º 4, 2008.

PINDADO GARCÍA, F., “La discapacidad en las sentencias del Tribunal Constitucional”, en DE LORENZO GARCÍA, R. (Coord.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2007.

POWER, A. ET AL, *Active Citizenship and Disability. Implementing the Personalisation of Support*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013.

PRADOS DE REYES, F.J.; ALAMEDA CASTILLO, M.T., “Derecho del Trabajo. Relaciones de trabajo y política de empleo de los trabajadores con discapacidad”, en *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2006.

PRIESTLEY, M., “Constructions and Creations: Idealism, Materialism and Disability Theory”, *Disability & Society*, vol. 13, n.º 1, 1998.

PRIESTLEY, M., “In Search of European Disability Policy: Between National and Global”, *Revue Européen de Recherche sur le Handicap*, vol. 1, 2007.

PRIESTLEY, M., "We're all Europeans now! The Social Model of Disability and European Social Policy", en *The Social Model of Disability: Europe and the Majority World*, The Disability Press, Leeds, 2005.

QUINN, G., "A Short Guide to the United Nations Convention on the Right of Persons with Disabilities", en QUINN, G., WADDINGTON, L. (eds.) *European Yearbook of Disability Law*, vol. 1, Intersentia, Antwerp, 2009.

QUINN, G.; DEGENER, T., "A Survey of International, Comparative and Regional Disability Law Reform", en BRESLIN, M.L., YEE, S. (Eds.) *Disability Rights and Policy. International and National Perspectives*, Transnational Publishers, Ardsley, 2002.

QUINN, G.; DEGENER, T., "La aplicación de la autoridad moral: adopción de la perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos por conducto de las normas no vinculantes de las Naciones Unidas", en QUINN, G. y DEGENER, T., *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Naciones Unidas, Ginebra, 2003.

QUINN, G.; FLYNN, E., "Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability", *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, n.º 1, 2012.

QUINTANILLA NAVARRO, B., "Discapacidad y discriminación: de la igualdad de trato a la accesibilidad universal", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 11, 2006.

QUINTANILLA NAVARRO, B., *Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad*, Biblioteca Nueva, 2005.

QUIRÓS SORO, M.F., "La Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 24, 2000.

RIBES MORENO, I., "¿Enfermedad o discapacidad? Viejos problemas, nuevas soluciones ante el despido. SJS núm. 26 de Barcelona, de 23 de mayo de 2016 (As 2016, 1060)", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 196, 2017.

RICHEVAUX, M., "TRAVAILLEURS HANDICAPÉS", *JurisClasseur Travail Traité*, vol. Fasc. 8-10, 2016.

RIMMERMAN, A., *Social Inclusion of People with Disabilities*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

RIVAS VALLEJO, P., "¿Es la obesidad causa de discriminación laboral? Diálogo a tres bandas: Derecho norteamericano, Derecho comunitario y Derecho español", comunicación presentada a las XXVI Jornadas Catalanas de Derecho Social, 2015.

RIVAS VALLEJO, P., “Trabajadoras con enfermedades crónicas y discriminación múltiple”, *Revista de Derecho Social*, n.º 54, 2011.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V., “Las políticas de empleo orientadas a personas con discapacidad: ¿evolución o retroceso?”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, vol. 101, 2012.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M., “Un nuevo paso en la protección jurídica de las personas con discapacidad”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2008.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Discriminación de género y otras discriminaciones: la discriminación múltiple y las mujeres”, en *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo andaluz de relaciones laborales, Sevilla, 2015.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “El empleo de las personas con minusvalía”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 1999.

RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 127, 2014.

RODRIGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., “Las medidas de ajuste razonable y su exención por carga excesiva”, *Trabajo y Derecho*, vol. 6, 2017.

ROMAÑACH, J.; LOBATO, M., “Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano”, 2015.

ROMEO DELGADO, M.; BALDÓ, M. Y.; TOVILLAS, F. B.; HABA, C. P.; CONESA, J. P., “De la Ley de Integración Social de Minusválidos a la Ley General de Discapacidad: retos y oportunidades”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 397, 2016.

RUBIO LLORENTE, F., “Una Carta de dudosa utilidad”, en *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.

RUIZ CASTILLO, M. M., *Igualdad y no discriminación: la proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, 2010.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., “Ineptitud, falta de adaptación y absentismo”, en VVAA, *Estudios sobre el despido: homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veintico años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996.

SALA FRANCO, T., *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

SÁNCHEZ QUIÑONES, L., “La calificación del despido de trabajador en situación de incapacidad temporal: ¿discriminación o discrecionalidad empresarial?”, *RDUNED. Revista de derecho UNED*, n.º 20, 2017.

SCHIEK, D; WADDINGTON, L.; BELL, M., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

SCHUNTERMANN, M.F., “The International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps (ICIDH) – Results and Problems”, *International Journal of Rehabilitation*, vol. 19, 1996.

SEMPERE NAVARRO, A.V., “El trabajo de los minusválidos: Problemas de su regulación”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n.º 91, 1998.

SEMPERE NAVARRO, A.V., *Prontuario de Doctrina social del Tribunal Constitucional: 1981-2005*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

SEMPERE NAVARRO, A.V., “Virtualidad de la Ley de accidentes de trabajo de 1900”, en DOMBLÁS, M.A. (Coord.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

SERRA, M.L., “Del paradigma al Derecho. El modelo social de la discapacidad y el modelo de los Derechos Humanos”, *Papeles: el tiempo de los derechos*, vol. 15, 2016.

SHAKESPEARE, T.; WATSON, N., “Defending the Social Model”, *Disability & Society*, vol. 12, n.º 2, 1997.

SKIDMORE, P., “EC Framework Employment Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-discrimination policy?”, *Industrial Law Journal*, vol. 30, 2001.

SMITH-DUER, B., “Too Disabled or Not Disabled Enough: Between a Rock and a Hard Place after *Murphy v. United Parcel Service, Inc*”, *Washington Law Journal*, vol. 39, n.º 2, 1999.

STEIN, M.A., “Disability Human Rights”, *California Law Review*, vol. 95, n.º 1, 2007.

STEIN, M.A., “Labor Markets, Rationality, and Workers with Disabilities”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 21, 2000.

STEIN, M.A., “The Law and Economics of Disability Accommodations”, *Duke Law Journal*, vol. 53, 2003.

STIKER, H.J., *A History of Disability*, University of Michigan Press, Michigan, 1999.

TAPIA HERMIDA, A., “Enfermedad, discapacidad y despido”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 288, 2007.

TERRERO CHACÓN, J.L., “Discapacidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en DE LORENZO GARCÍA, R. (Coord.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2007.

TIXIER, G., *La Règle de reasonableness dans la jurisprudence anglo-américaine*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956.

TOHARIA, L.; MEDINA, L. J. G., “Empleo y paro en España, 1976-1990”, en PRIETO RODRÍGUEZ, C. (Coord.) y MIGUÉLEZ LOBO, F. (Coord.), *Las relaciones laborales en España, Siglo XXI de España Editores*, 1995.

TOSCANI GIMENEZ, D., “Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, n.º 3, 2009.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El régimen de las pensiones de incapacidad permanente: derechos y obligaciones de solicitantes y beneficiarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

TRÖMEL, S., “A Personal Perspective on the Drafting History of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, en *European Yearbook of Disability Law*, vol. 1, Intersentia, Antwerp, 2009.

TRÖMEL, S., “Hacia un derecho internacional de la discapacidad”, en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Navarra, 2009.

TUSET DEL PINO, P., *La contratación de trabajadores minusválidos*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000.

TUSET DEL PINO, P., *Trabajadores con discapacidad. La prestación de servicios de ajustes personales y sociales*, Difusión jurídica, Madrid, 2010.

ÜSTÜN, T.B. ET AL, *Disability and culture: Universalism and Diversity*, Hogrefe & Huber Publishers, Estados Unidos de América, 2001.

VALDÉS DAL-RE, F., “Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos”, en VALDÉS DAL-RE, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Las relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

VALDÉS DAL-RE, F., “El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos”, *Derecho de las relaciones laborales*, n.º 1, 2018.

VANCE, S., "How the Supreme Court's Toyota Decision Impacted the View of EEOC's Regulatory Authority", *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 26, n.º 2, 2005.

VANHALA, L., "Fighting Discrimination through Litigation in the UK: The Social Model of Disability and the EU Anti-discrimination Directive", *Disability & Society*, vol. 21, n.º 5, 2006.

VANHALA, L., *Making Rights a Reality? Disability Rights Activists and Legal Mobilization*, Cambridge University Press, Nueva York, 2011.

VÁZQUEZ BARQUERO, J.L., "Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF): antecedentes, marco conceptual y estructura", *Papeles médicos*, vol. 10, n.º 4, 2001.

VÁZQUEZ BARQUERO, J.L. ET AL, "La discapacidad: modelos interpretativos y su influencia en el nuevo Sistema de Clasificación de Discapacidades de la Organización Mundial de la Salud (CIDDM-2)", *Archivos de Psiquiatría*, vol. 63, n.º 1, 2000.

VELASCO PORTERO, M.T., "El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 39, 2014.

VELASCO PORTERO, M.T., "Régimen jurídico del contrato de trabajo. Universidad Loyola Andalucía. Reconsideración sobre la equiparación entre enfermedad y discapacidad", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 131, 2015.

VENTEGODT, M., *Disability and Employment. A Contemporary Disability Human Rights Approach Applied to Danish, Swedish and EU Law and Policy*, Intersentia, Reino Unido, 2011.

VICKERS, L., "Country Report Non-Discrimination United Kingdom", *Comisión Europea*, 2016.

VILLARINO VILLARINO, P., "Las organizaciones representativas de las personas con discapacidad a nivel internacional: el Foro Europeo de Discapacidad y las organizaciones representativas a nivel mundial", en DE LORENZO GARCÍA, R. (Coord.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2007.

WADDINGTON, L., "Article 13 EC: Setting Priorities in the Proposal for a Horizontal Employment Directive", *Industrial Law Journal*, vol. 29, 2000.

WADDINGTON, L., "Case C-13/05, Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA, Judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006", *Common Market Law Review*, vol. 47, 2007.

WADDINGTON, L., "Case C-303/06, S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 17 July 2008", *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009.

WADDINGTON, L., "EHRC 2017/29 HvJ EU, 01-12-2016, C-395/15 Non-discriminatie, Handicap, Definitie van de grond handicapt, Begrip langdurige beperkingen", *European Human Rights Cases (EHRC)*, vol. 29, 2017.

WADDINGTON, L., "Equal to the Task? Re-Examining EU Equality Law in Light of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities", en QUINN, G., FLYNN, E. (eds.) *European Yearbook of Disability Law*, vol. 4, Intersentia, Antwerp, 2013.

WADDINGTON, L., "Evolving Disability Policies: From Social-Welfare to Human Rights. An International Trend from a European Perspective", *Netherlands Quarter of Human Rights*, vol. 19, 2001.

WADDINGTON, L., "Fine-tuning Non-discrimination law: Exceptions and Justifications Allowing for Differential Treatment on the Ground of Disability", *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 15, n.º 1-2, 2015.

WADDINGTON, L., "Future prospects for EU equality law: lessons to be learnt from the proposed Equal Treatment Directive", *European Law Review*, vol. 36, n.º 2, 2011.

WADDINGTON, L., "HK Danmark (Ring and Skouboe Werge): Interpreting the EU Equality Law in Light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *European Anti-Discrimination Law Review*, n.º 17, 2013.

WADDINGTON, L., "Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for Exercising National Discretion", en *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

WADDINGTON, L., "Legislating to Employ People with Disabilities: the European and American Way", *Maastricht Journal*, vol. 367, n.º 1, 1994.

WADDINGTON, L., "'Not Disabled Enough': How European Courts Filter Non-Discrimination Claims Through a Narrow View of Disability", *European Journal of Human Rights*, vol. 15, n.º 1, 2015.

WADDINGTON, L., "Saying All the Right Things and Still Getting it Wrong: The Court of Justice's Definition of Disability and Non-Discrimination Law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, n.º 4, 2015.

WADDINGTON, L., "Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-Discrimination", *Industrial Law Journal*, vol. 28, n.º 2, 1999.

WADDINGTON, L., "The European Union and the United Nations Convention on the Rights of People with Disabilities: A Story of Exclusive and Shared

Competences”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 18, n.º 4, 2011.

WADDINGTON, L., “When it is Reasonable for Europeans to be Confused: Understanding when a Disability Accommodation is Reasonable from a Comparative Perspective”, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, vol. 29, 2008.

WADDINGTON, L.; BELL, M., “Exploring the Boundaries of Positive Action under EU: A Search for Conceptual Clarity”, *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011.

WADDINGTON, L.; BELL, M., “More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives”, *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001.

WADDINGTON, L.; BRODERICK, A., “Disability Law and Reasonable Accommodation Beyond Employment. A legal Analysis of the Situation in EU Member States”, *Comisión Europea*, 2016.

WADDINGTON, L.; DILLER, M., “Tensions and Coherence in Disability Policy: The Uneasy Relationship between Social Welfare and Civil Rights Models of Disability in American, European and International Employment Law”, en BRESLIN, M.L., YEE, S. (eds.) *Disability Rights and Policy. International and National Perspective*, Transnational Publishers, Ardsley, 2002.

WADDINGTON, L.; HENDRIKS, A., “The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination.”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 18, 2002.

WADDINGTON, L.; 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, Luxembourg, 2009.

WADDINGTON, L.; LAWSON, A., *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice. A Comparative Analysis of Role of the Courts.*, Oxford University Press, Reino Unido, 2018.

WELLS, K., “The Impact of the Framework Employment Directive on UK Disability Discrimination Law”, *Industrial Law Journal*, vol. 32, n.º 4, 2003.

WHITTLE, R., “The Framework Directive for Equal Treatment in Employment and Occupation: An Analysis from a Disability Rights Perspective”, *European Law Review*, vol. 27, n.º 3, 2002.

WIDISS, D., “Still Kickin’ After All These Years: Sutton and Toyota as Shadow Precedents”, *Drake Law Review*, vol. 63, 2005.

WIERSMA, D., "Psychological Impairments and Social Disabilities: On the Applicability of the ICDH to Psychiatry", *International Rehabilitative Medicine*, vol. 8, 1986.

WINKLER, W.; THORUP, P., "The Duty of Accommodation and its Implications for the Employer", *Canadian Labour Law Journal*, vol. 1, 1992.

WOLFBRING, G., "Disabilities Rights Approach Towards Bioethics?", *Journal of Disability Policy Studies*, vol. 14, 2003.

WOLFENBERGER, W., "Human Service Policies: The Rethoric versus the Reality", en *Disability and Dependency*, Falmer Press, Reino Unido, 1989.

WOODHAMS, C.; CORBY, S., "Defining Disability in Theory and Practice: A Critique of the British Disability Discrimination Act 1995", *Journal of Social Policy*, vol. 32, n.º 02, 2003.

YALDEN, M., "The Duty to Accommodate-A View from the Canadian Human Rights Commission", *Canadian Labour Law Journal*, vol. 1, 1992, p. 283.

ZOLA, I.K., "Toward the Necessary Universalizing of a Disability Policy", *Milbank Quarterly*, vol. 83, n.º 4, 2005.