

Acción internacional y europea



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

DAVID GUTIÉRREZ COLOMINAS

Personal Investigador en Formación (Programa FPU 2013)
Universidad Autónoma de Barcelona

FICHA TÉCNICA

The obligation to make reasonable adjustments in the workplace

Resumen: Este artículo analiza la configuración internacional y europea de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad, y específicamente, su eficacia como mecanismo de control a las extinciones de personas con discapacidad. Concretamente, este artículo pretende examinar la configuración y eficacia actual de la obligación de realizar ajustes razonables desde una perspectiva internacional y europea (Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Directiva 2000/78), y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asimismo, también se examinará el encaje de la obligación de realizar ajustes razonables como control previo en el marco de las extinciones de personas con discapacidad.

Palabras clave: Empleo de personas con discapacidad. Ajustes razonables. Directiva 2000/78. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Abstract: *This article aims to analyse the International and European configuration of the duty to provide reasonable accommodation in the workplace of People with Disabilities, and its role in the extinction of an employment contract. Specifically, this article seeks to assess the current configuration and effectiveness of reasonable accommodation, in light of the International and European legal framework (CRPD and Directive 2000/78), and its interpretation by the Court of Justice of the European Union. Therefore, it will examine the possibilities offered by the configuration of reasonable accommodation, as a mechanism for the maintenance of employment and an obstacle to termination of employment contracts of people with disabilities.*

Keywords: Employment of People with Disabilities. Reasonable Accommodation. Directiva 2000/78. Convention of Rights of People with Disabilities.

1. Introducción

La inserción de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo ordinario es un objetivo que ha sido perseguido firmemente durante los últimos años, como consecuencia del surgimiento del modelo social de tratamiento de discapacidad (1). En líneas generales, 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 persigue 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 recepción del modelo social en Europa se produjo de forma gradual, mediante la aprobación de resoluciones no vinculantes

La traslación a un plano normativo de esta forma de enfocar la discapacidad se produjo a nivel internacional mediante la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención), adoptada el 13 de diciembre de 2006 por la Organización de Naciones Unidas, si bien 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 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, ya que fue una norma pionera en la protección de las personas con discapacidad. En particular, su importancia radica en la introducción de protección contra la discriminación por razón de discapacidad en el empleo a nivel europeo (2), una tutela inédita hasta la fecha.

Desde un punto de vista internacional, la Convención muestra una especial preocupación por el mantenimiento del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, incluso en aquellos casos

en los que la discapacidad aparece durante la relación laboral. En concreto, el artículo 27 de la Convención reconoce el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, mostrando una clara apuesta por la normalización (3) . De hecho, el mencionado precepto ofrece diversas medidas de protección del empleo de este colectivo, entre las que se incluye *velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo* (4) . De este modo, la Convención protege a aquellos trabajadores con discapacidad, independientemente del origen o momento de reconocimiento de la misma, estableciendo así una protección indirecta frente a las extinciones o despidos cuya causa se fundamente en la existencia de una discapacidad o en sus consecuencias a nivel laboral. Tal circunstancia es especialmente problemática en el caso español de los despidos por ineptitud sobrevenida (5) , ex artículo 52.a 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 (En adelante, TRLET).

Sin embargo, la Convención no clarifica cómo encaja esta obligación en aquellos supuestos en los que el empleador pretende extinguir contratos de trabajo. La incardinación de esta obligación como medida que persigue la salvaguarda del derecho al trabajo plantea la necesidad de reflexionar sobre el papel que desempeña la mencionada obligación en la extinción del contrato de trabajo de personas con discapacidad.

Y es en este punto en el que surge el propósito de este artículo, que pretende ofrecer un examen de la caracterización de la obligación de realizar ajustes razonables y su encaje en las extinciones de personas con discapacidad. Para ello, se analizará la configuración legal de la obligación a nivel internacional y europeo, así como las sentencias más importantes del TJUE que han incidido en su caracterización e interpretación. Una vez examinado el marco internacional y europeo, el siguiente paso será considerar su impacto en el marco de las extinciones del contrato de trabajo, es decir, si la obligación de realizar ajustes razonables puede actuar como control previo a la extinción de las personas con discapacidad.

2. La caracterización internacional de la obligación de realizar ajustes razonables en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención fue el primer instrumento internacional de carácter vinculante, y su gestación no fue un proceso sencillo (6) . 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 *softlaw* (7) , redirigiendo la estructura normativa de principios y metas a derechos (8) , e implementando la óptica americana de tratamiento de la discapacidad (9) . En este sentido, conviene destacar que la Convención introdujo un reenfoque del ámbito material de protección que se plasmó en las Normas Uniformes. La perspectiva ahora es mucho más amplia, observándose una clara voluntad normativa de ampliar y consolidar los ámbitos reflejados en las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (en adelante, Normas Uniformes), e incardinar otros derechos relacionados con otras esferas de actuación social que no habían aparecido hasta el momento (10) . En consecuencia, nos encontramos ante un tratado internacional que introduce un nuevo paradigma de tratamiento e implantación de políticas de actuación en materia de discapacidad.

La premisa de la que parte esta norma es el fomento de la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad

Nos encontramos ante un tratado internacional que introduce un nuevo paradigma de tratamiento e implantación de políticas de actuación en materia de discapacidad

en la vida económica, social, cultural y política, y los cincuenta artículos que la componen son tributarios de esta pretensión. El objetivo principal de la Convención es paliar la desventaja social y jurídica de las personas con discapacidad, y para ello, se incluye un catálogo de derechos cuya garantía de ejercicio en igualdad de oportunidades corresponde a los Estados. Para ello, se apuesta por un enfoque multidisciplinar, de tal suerte que podemos observar que trata ámbitos tan diversos como el acceso a la justicia (art. 13), la educación (art. 24), la salud (art. 25), el trabajo y el empleo (art. 27) o la protección social (art. 28), entre otros (11) .

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 contextual (12) . A efectos de ofrecer una protección efectiva, este enfoque se ha traducido en la

previsión de 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.

No obstante, donde especialmente brilla la Convención es en su contenido. 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 humanos (13) , aumentar la visibilidad de las personas con discapacidad o exigir el establecimiento de sistemas para supervisar exhaustivamente el ejercicio de los derechos de este colectivo (14) , la virtud más destacada de esta norma es la formulación de su contenido en clave de derechos, sin abandonar el lenguaje de principios y objetivos (15) .

Por primera vez en la historia, la configuración de los derechos se adapta a las necesidades de este colectivo, y no al revés como había sucedido tradicionalmente

La Convención parte de una estructura basada en derechos, introduciendo el principio de no discriminación en la configuración normativa de los mismos (16) . Esta conjunción supuso un gran avance en la lucha por la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, ya que la Convención se erige ya no sólo como un tratado internacional sobre no discriminación, sino como un instrumento legal suplementario que pretende implementar normativamente políticas de medidas de acción positivas. En términos prácticos, se produce una universalización de los derechos humanos cuyo foco de atención son las personas con discapacidad. Por primera vez en la historia, la configuración de los derechos se adapta a las necesidades de este colectivo, y no al revés como había sucedido tradicionalmente, a fin de garantizar su cumplimiento efectivo.

Para llevar a cabo dicha universalización, la Convención asume un enfoque amplio en la previsión de los derechos, caracterizado mediante dos notas 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 por las Normas Uniformes. La Convención, por su valor jurídico, supone un paso más allá en esta dirección e insta el modelo social como paradigma de tratamiento jurídico de la discapacidad. 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 reconocidos (17) . Y en este sentido, la Convención 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 discapacidad (18) y la constatación de un amplio

abánico de derechos que *subraya el objetivo del acceso de las personas con discapacidad a diversas esferas sociales* (19) .

Los efectos prácticos de la introducción del modelo social se derivan de la lectura del artículo 3 de la Convención, 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 principios (20) , y en consecuencia, la ejecución de las medidas a adoptar en el marco de los diversos derechos previstos en la Convención 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 social (21) , 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 Convención expone la discapacidad como un concepto dinámico (22) , 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 como del modelo social (23) , ya que el artículo 1 de la Convención 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. Como puede observarse, esta conceptualización es tributaria de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (en adelante, CIF) (24) , con los defectos que ello conlleva (25) , 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 una 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 puedan ser diagnosticadas de acuerdo a su propia realidad.

La asunción de un concepto dinámico de discapacidad incrementa su efecto integrador gracias a otra característica interesante que plantea la Convención, que es la adopción de la discriminación no solo en relación a la persona con discapacidad, sino por motivo de discapacidad. El artículo 2 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 protección de la norma (26) . 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 asociación.

Respecto al contenido de la Convención, el punto de referencia clave es la Declaración Universal de Derechos

De esta manera, se crea una dimensión específica para el reconocimiento y ejercicio de derechos

Humanos (DUDH). La Convención pretende asegurar el contenido de derechos de la mencionada norma (27) , y propone para ello la creación de contenido específico para las personas con discapacidad, adaptando el reconocimiento de los derechos humanos a las necesidades de este colectivo (28) . Este planteamiento ofrece 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. 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.

Sin embargo, algunas disposiciones de la Convención abordan problemáticas que no han sido tratadas normativamente con anterioridad (29) . Esta circunstancia plantea una cuestión de innegable importancia: ¿Deben considerarse como derechos específicos para las personas con discapacidad el contenido de aquellas disposiciones que van más allá de la DUDH? La Convención no las referencia como derechos, y este hecho plantea dudas respecto a su naturaleza y aplicación. Nos encontramos ante un aspecto sumamente controvertido, y buena muestra de ello es la divergencia entre las tesis sostenidas por la doctrina científica. Algunos autores han sostenido que las disposiciones referidas anteriormente son una nueva manera de abordar problemáticas que afectan especialmente a personas con discapacidad, pero en ningún caso nos encontramos ante nuevos derechos (30) . Por el contrario, otras voces autorizadas defienden la consideración del contenido de los citados artículos como nuevos derechos (31) , dado que pretenden afianzar la efectividad y cumplimiento de la Convención, integrando soluciones a problemas específicos para este colectivo (32) . En mi opinión, estas disposiciones deben ser consideradas como derechos, fundamentalmente para garantizar el propósito principal de la Convención. En este sentido, la Convención se diseñó con la pretensión de crear un marco jurídico de derechos que ofrezca respuestas a los problemas cotidianos que impiden a las personas con discapacidad la participación plena y efectiva en la sociedad, y ante este escenario, la creación de nuevos derechos es crucial. De hecho, las disposiciones de la Convención señaladas anteriormente comparten la misma estructura normativa que los artículos calificados como derechos, esto es, exigen, la adopción de medidas nacionales para garantizar una plena y efectiva implementación, circunstancia esta que refuerza su calificación como derechos. Ahora bien, el principal obstáculo que condiciona su disfrute y exigencia como derechos es la dependencia de la voluntad de implementarlos por los Estados partes. Esta circunstancia no afecta a su calificación como derechos, pero si condiciona su tutela, y en consecuencia, su eficacia y cumplimiento como tales.

Llegados a este punto, conviene destacar que la piedra angular que convierte a la Convención en una norma de importancia capital no fue solamente la plasmación de un catálogo de nuevos derechos, sino *asegurar el uso del principio de no discriminación* (33) , de tal forma que se integra el citado principio en cada uno de ellos. Para ello, se introduce un modelo de tratamiento de la discapacidad basado fundamentalmente en la accesibilidad. La norma aboga por fomentar la integración desde la perspectiva de la transformación de las infraestructuras sociales. En puridad, la Convención afirma 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.

Y es aquí donde aparece otra de las novedades más destacadas de la Convención: la obligación de adaptar los entornos de diversos ámbitos para lograr una participación plena de este colectivo como manifestación de la accesibilidad. Bajo la denominación de ajustes razonables, *ex art. 5* párrafo tercero de la Convención, este instrumento internacional diseña una obligación que es definida en el artículo 2 de la citada norma como «[...] *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 los demás, de todos los derechos humanos y libertades*». A partir de ahí, las

referencias a la institución en los distintos ámbitos son patentes a lo largo de todo el texto (34) . Hasta la fecha, la presencia de esta medida era más bien tímida (35) , pero la irrupción del modelo social como paradigma de tratamiento de la discapacidad ha cambiado esta tendencia a nivel normativo. Así, los Estados partes consagraron los ajustes razonables como un instrumento universal sobre el que pivota el ejercicio de todos los derechos. Su versatilidad radica en las enormes posibilidades que ofrece y en la alineación que supone con la filosofía del modelo social.

Los ajustes razonables surgen, pues, como herramienta para acomodar el entorno a las necesidades individuales que pueden requerir las personas con discapacidad en un ámbito en particular

Los ajustes razonables surgen, pues, como herramienta para acomodar el entorno a las necesidades individuales que pueden requerir las personas con discapacidad en un ámbito en particular, y simbolizan una toma de conciencia de la necesidad de efectuar adaptaciones para lograr la igualdad de oportunidades (36) . En particular, la previsión de los ajustes razonables cumple con la voluntad normativa de la Convención, consistente en la implementación de la accesibilidad universal, y surge como garantía durante la transición social hacia una plena accesibilidad. Una voluntad normativa que, dicho sea de paso, apuesta por 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. En consecuencia, nos encontramos ante la irrupción de un nuevo paradigma en el tratamiento de la discapacidad que pretende superar las limitaciones inherentes a aproximaciones 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 Convención.

No obstante, debe criticarse que nos encontramos ante una pretensión excesivamente ambiciosa, que peca de prever este mecanismo para todos los ámbitos, lo cual contrasta con la falta de caracterización de elementos fundamentales de los ajustes. El ejemplo más claro lo encontramos en relación a 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 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 obligación (37) .

El alcance de esta obligación es especialmente significativo en la instrumentación del derecho al trabajo. El artículo 27 de la Convención introduce como mecanismo de igualdad de oportunidades en el empleo una novedad significativa: la realización de ajustes razonables en el lugar de trabajo (38) . 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. Lamentablemente, su configuración es especialmente pobre, ya que la Convención opta por ofrecer una definición general de la institución no contextualizada en el ámbito laboral (39) . De hecho, 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 Convención. 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, no existió un consenso generalizado de su significado.

3. La configuración europea de la obligación de realizar ajustes razonables

3.1. El marco legal: La 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

El 27 de noviembre de 2000, el Consejo aprobó la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, Directiva 2000/78). 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 miembros. 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 discapacidad. En puridad, simboliza la voluntad de los Estados miembros 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 empleo. 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 decidieran. 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 Unión Europea.

La Directiva 2000/78 asume un enfoque que combina las virtudes del modelo de derechos civiles estadounidense y el modelo clásico europeo de protección social

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 social. Clara muestra de ello la observamos en el artículo 7.2 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 trabajo, parcela está 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 Unión Europea, 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 oportunidades, y erradicar la discriminación en el ámbito del

empleo (40) , pero con voluntad de expansión horizontal (41) . 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) (42) , sin que exista ningún tipo de jerarquía o clasificación entre ellas (43) . 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 tribunales (44) .

Sin embargo, la inclusión de la discapacidad como causa explícita de no discriminación es uno de los puntos más importantes de esta Directiva. El Consejo, consciente de la importancia de lograr la plena igualdad de oportunidades en el ámbito del Derecho del Trabajo (45) , asume un enfoque que presta atención a la prevención y la eliminación de obstáculos. Para ello, la Directiva introduce la que es, con diferencia, la medida de mayor impacto a nivel europeo: la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo.

El artículo 5 de la Directiva 2000/78 conceptualiza esta medida antidiscriminatoria, que no medida de acción positiva (46) , como una obligación dirigida a los empresarios, según la cual deberán realizarse ajustes razonables a fin de cumplir con el principio de igualdad de trato de este colectivo. Los ajustes razonables son definidos como la adopción de las medidas adecuadas para que las personas con discapacidad puedan acceder al empleo, tomar parte en el mismo, realizar formación o progresar profesionalmente (47) . No obstante, el empresario quedará eximido de su cumplimiento en aquellos supuestos en los que la adopción de las medidas suponga una carga excesiva, circunstancia esta que no se producirá cuando la actuación empresarial sea paliada en grado suficiente mediante medidas existente en el Estado Miembro (48) .

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 formal (49) . Se trata, pues, de una obligación empresarial autónoma, con entidad propia, incardinada dentro de la tutela antidiscriminatoria.

En este punto, 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 salud (50) . Ahora bien, es necesario clarificar cómo interaccionan entre ellas, pues, en la práctica, pueden existir actuaciones preventivas en materia de salud y seguridad laboral cuya realización podría ser invocada por la parte empresarial como ajuste razonable, o cuya realización signifique un incremento económico que genere una carga desproporcionada.

Como punto de partida, la realización de ajustes razonables se contempla como una obligación ex artículo 5 Directiva 2000/78, conceptualización esta que difiere sustancialmente de la naturaleza de principio general de prevención constatado explícitamente en el artículo 6.2.d 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 preventiva (51) . 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 innegable (52) , 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 carga excesiva.

Para finalizar este apartado relativo a la Directiva 2000/78, es conveniente identificar algunos aspectos negativos sobre los que la citada norma europea debería prestar una especial atención.

En primer lugar, la Directiva 2000/78 omite definir qué debe entenderse por discapacidad, así como tampoco detalla el

La Directiva 2000/78 omite definir qué debe entenderse por discapacidad, así como tampoco detalla el significado de la expresión «por motivos de discapacidad»

significado de la expresión «por motivos de discapacidad» (53) . La norma europea deja un inexplicable vacío en dos conceptos clave de la Directiva. Por una parte, puede resultar lógico, ya no por tradición normativa (54) , o por la notable influencia del modelo de derechos civiles americano en la política europea de lucha contra la discriminación (55) , sino por su propia naturaleza, que pretende ofrecer una cierta libertad en la transposición de la Directiva 2000/78 a los ordenamientos jurídicos internos (56) . 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 europea (57) . Así pues, la Directiva 2000/78 no contiene una definición europea de discapacidad o por motivos 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 la discriminación (58) . De hecho, la responsabilidad de definir la discapacidad en el ámbito del empleo ha sido trasladada *de facto* al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (59) , optándose así por una armonización judicial no exenta de problemas (60) . Las consecuencias que esta omisión ha generado han sido muy 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 directivas (61) , 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 alternativas la definición legal del término «larga duración» a nivel europeo (62) , o como mínimo, la exigencia, unificada para todos los Estados Miembros, de un determinado porcentaje reconocido oficialmente (63) , aunque esta última opción se aleja del paradigma social de tratamiento de la discapacidad (64) .

En segundo lugar, llama poderosamente la atención que la mencionada Directiva no contemple explícitamente la ausencia

Llama poderosamente la atención que la mencionada Directiva no contemple explícitamente la ausencia de la realización de ajustes razonables como comportamiento discriminatorio

de la realización de ajustes razonables como comportamiento discriminatorio. Si examinamos el artículo 2.2 Directiva 2000/78, encargado de definir el concepto de discriminación directa o indirecta, se advierte 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 correcta implementación — la consideración de su omisión como comportamiento discriminatorio— no tiene cabida en la norma europea, a diferencia de otros textos internacionales (65) .

Ante este escenario, es cierto que algunas legislaciones nacionales han suplido esta inexplicable ausencia normativa (66) , pero la no constatación a nivel europeo de esta circunstancia resta eficacia a su cumplimiento (67) .

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 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. Desde un punto de vista conceptual, algunos autores han defendido la falta de capacidad de los ajustes razonables para luchar efectivamente contra la desigualdad (68) , y en este sentido, este planteamiento condiciona su efectividad como instrumento de cambio a la interpretación que realice cada Estado miembro y el Tribunal de Justicia Europeo (69) .

La circunstancia que contribuye especialmente a agravar esta problemática es el diseño de la obligación como una modificación ex post con un marcado carácter de concesión empresarial en función de las circunstancias individuales

Sin embargo, la circunstancia que contribuye especialmente a agravar esta problemática es el diseño de la obligación como una modificación *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 adaptado (70) , 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 razonables (71) , a fin de lograr una verdadera inclusión sin distinciones por razón de discapacidad.

3.2. El principal pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de ajustes razonables: La Sentencia HK Danmark, C-335/11

El número de pronunciamientos judiciales del Tribunal de

Justicia de la Unión Europea que han abordado los ajustes razonables no ha sido especialmente elevado. Las razones de este hecho se atribuyen a la reciente incorporación de la discapacidad como causa de no discriminación en la Directiva 2000/78. No obstante, es necesario destacar que en los últimos años se observa una creciente tendencia en abordar el concepto de discapacidad, y en menor medida, la caracterización de la obligación de realizar ajustes razonables. Conviene dejar apuntado que, por razones de espacio, no se abordará el análisis de todas las sentencias existentes sobre la materia (72), sino única y exclusivamente aquellas que abordan aspectos relativos a la obligación de realizar ajustes razonables. Esto significa que se analizará la única sentencia que ha abordado la caracterización de la obligación: la Sentencia HK Danmark, C-335/11, EU:C:2013:222.

La Sentencia HK Danmark, C-335/11, EU:C:2013:222 desempeña un papel esencial en la caracterización de la obligación de realizar ajustes razonables, no sólo porque se trata de la primera sentencia dictada tras la ratificación de la Convención por parte de la Unión Europea (73), sino porque es el único pronunciamiento judicial hasta la fecha sobre esta materia. 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 su despido es discriminatorio, pues su estado de salud les impide llevar a cabo sus 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, prevista en el artículo 5 de la Directiva 2000/78. Los empresarios de ambas trabajadoras sostienen que la situación médica de las trabajadoras no permite 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 adaptar las condiciones de trabajo.

Como puede observarse, el núcleo esencial de las cuatro cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea (74), dado que asume plenamente el paradigma social de tratamiento de la discapacidad (75). Para ello, la Sala establece una conexión entre el concepto de discapacidad y la Convención, fruto de su aprobación por la Unión Europea en 2009 (76). Y sobre este punto, conviene destacar que la Sentencia HK Danmark clarifica el valor interpretativo de la Convención, aclaración que resultaba necesaria (77), señalando que la «[...] Directiva 2000/78 debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención» (78). Si tenemos en cuenta que la primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión obliga a interpretarlas disposiciones de Derecho derivado, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos acuerdos (79), podemos concluir que la Convención 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 2000/78, hecho éste que exigirá una reinterpretación de algunos preceptos de dicha Directiva (80). Sin embargo, este hecho plantea problemas más inmediatos, como por ejemplo quién debe asumir la implementación de las

Este pronunciamiento es, con diferencia, la sentencia más significativa en materia de discapacidad, ya que establece un cambio de paradigma en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

disposiciones previstas en la Convención, toda vez que algunas de ellas forman parte de competencias compartidas de la Unión Europea (81) .

Así pues, el Tribunal asume 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»* (82) . La introducción de la afectación a la participación de este colectivo en la vida profesional supone la apertura del concepto de discapacidad, expandiendo así la posibilidad de que la enfermedad pueda ser asimilada a la discapacidad (83) , y además precisa que el origen de la discapacidad es irrelevante en orden a su determinación (84) . En este sentido, los párrafos 41 y 42 de la sentencia HK Danmark clarifican que sólo 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 Convención.

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 Convención. 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 sentencia HK Danmark deja abiertos dos problemas: el significado de la expresión «largo plazo», cuestión ésta que ha sido discutida recientemente en la sentencia Daouidi (85) , C-395/15, EU:C:2016:917, y el encaje de la limitación de la capacidad profesional en los países que utilizan un sistema de porcentajes para determinar la existencia de discapacidad (86) .

Una precisión sobre la que conviene detenerse es la contenida en el párrafo 43 de la Sentencia HK Danmark. Este se encarga de especificar que el significado de discapacidad no implica una exclusión total del trabajo, sino un obstáculo que dificulte su desarrollo, o dicho en otras palabras, basta que limite la participación del trabajador en su vida profesional, incluyendo así limitaciones parciales (87) . De esta manera, *el estado de salud de una persona discapacitada 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 sentencia HK Danmark ofrece una respuesta a si debe considerarse el origen de la discapacidad como cuestión relevante para excluir la protección de la Directiva, una cuestión controvertida de gran interés, especialmente en aquellos supuestos en los que la existencia de la discapacidad es fruto de un accidente de trabajo en el que pudo existir una negligencia en materia de seguridad y salud por parte del trabajador. 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, aplicar una protección selectiva en función de la causa de la discapacidad sería una interpretación totalmente contraria al objetivo de la Directiva, 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 materia.

En relación a los ajustes razonables, el párrafo 45 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 dolencias físicas y mentales (88) . 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»* (89) .

Asimismo, 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 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 2000/78 (90), 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 Directiva 2000/78. Para ello, la sentencia HK Danmark efectúa una interpretación expansiva de los ajustes razonables, basándose en que la *voluntas legislatoris* pretendió no establecer limitaciones en cuanto a la inclusión de medidas concretas (91), primando como objetivo el fomento del empleo de las personas con discapacidad, en consonancia con el artículo 2.4 de la Convención (92).

4. La obligación de realizar ajustes razonables como control previo en el marco de las extinciones de personas con discapacidad

La configuración europea de la obligación de realizar ajustes razonables ofrece una protección destinada al mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad. Mediante la realización de adaptaciones, la Directiva 2000/78 exige a los empleadores una personalización del puesto de trabajo en aras de adaptarlo a las diferencias subjetivas, materializando así el núcleo esencial del principio de igualdad de trato. No obstante, el marco jurídico de algunos ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el español, no ha procedido a acomodar algunas de sus instituciones de flexibilidad externa, siendo el caso más paradigmático el supuesto del artículo 49.1.e TRLET, ya advertido por la doctrina (93). Así pues, la falta de adaptación de la regulación de los ordenamientos jurídicos exige un examen, a nivel europeo, de las posibilidades que ofrece la configuración de los ajustes razonables como mecanismo para el mantenimiento del empleo, y en consecuencia, como óbice a la libre extinción de contratos de personas con discapacidad.

Y lo cierto es que la Convención y la Directiva 2000/78 permiten sostener que la obligación de realizar ajustes razonables debe ser exigida, en aquellos supuestos en los que no se haya llevado a cabo, o revisada, como una fase previa a la extinción de contratos de personas con discapacidad. En efecto, la Convención promueve, protege y asegura el derecho a trabajar en igualdad de condiciones (94). 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 otorgado por la Convención 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, la Convención 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 discapacidad, so pena de considerar la decisión empresarial discriminatoria (95).

La Convención y la Directiva 2000/78 permiten sostener que la obligación de realizar ajustes razonables debe ser exigida, en aquellos supuestos en los que no se haya llevado a cabo, o revisada, como una fase previa a la extinción de contratos de personas con discapacidad

No obstante, la Directiva caracteriza los ajustes razonables 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 no incluye referencias a la posibilidad de aplicar esta medida en el marco de extinciones y/o al mantenimiento del empleo. Este podría ser considerado un obstáculo a la exigencia de realizar ajustes razonables de forma previa a la extinción de un contrato de trabajo. Sin embargo, existen dos argumentos que permiten salvar este obstáculo: a) la relación de complementariedad existente entre el artículo 3 y 5 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 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 de aplicación, podemos observar que incluye ámbitos sobre los que el artículo 5 Directiva 2000/78 no se pronuncia, y entre ellos, las extinciones (96). Así pues, ¿qué relación existe entre estos dos preceptos? Como punto de partida, conviene destacar que el artículo 5 Directiva 2000/78 caracteriza la obligación de realizar ajustes razonables, y *a priori*, parecería que el artículo 3 Directiva 2000/78 no jugaría un papel especialmente importante. Ahora bien, el mencionado 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 Directiva 2000/78, pues el artículo 3 Directiva 2000/78 extiende sus efectos a aspectos que, *a priori*, no aparecen explícitamente en el mencionado artículo 5 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. De esta manera, la previsión de examinar la realización de ajustes razonables como control previo a la extinción de personas con discapacidad estaría amparada por el ámbito objetivo de aplicación del artículo 3 Directiva 2000/78, que amplía las posibilidades de actuación que ofrece el artículo 5 Directiva 2000/78.

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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido, la sentencia HK Danmark dejó claro que la Directiva debe ser interpretada a la luz de la Convención (97), y eso se traduce en una lectura protectora del derecho al trabajo de este colectivo. La importancia que asume la Convención repercute en el refuerzo del derecho del trabajo, que desde la ratificación de este instrumento internacional pivota necesariamente sobre los ajustes razonables como centro de gravedad.

Además, la amplia visión de los ajustes razonables defendida en el marco de la sentencia HK Danmark (98),

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

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 impide el mantenimiento de una persona no competente o capacitada en un puesto de trabajo, pero la sentencia HK Danmark y sus conclusiones abrazan la posibilidad de que los ajustes razonables se produzcan con el objetivo de mantener el empleo (99), 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 exhaustiva. 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 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.

Notas

- (1) Para un análisis en profundidad sobre el modelo social, véase PALACIOS, 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; STEIN, M.A., "Disability Human Rights", *California Law Review*, vol. 95, 2007, pág. 87 a 91; BICKENBACH, J. et al, "Models of Disablement, Universalism and the International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps", *Social Science & Medicine*, núm. 48, 1999, pág. 1173-1187.
- [Ver Texto](#)
- (2) Si bien es cierto que la Directiva 2000/78 simbolizó un gran avance en el derecho antidiscriminatorio europeo, conviene dejar apuntado que ha existido una jerarquía en el tratamiento normativo de la igualdad como consecuencia de un cierto pragmatismo político, tal y como señalan WADDINGTON, L. BELL, M., "More equal than others: Distinguishing European Union equality directives", *Common Market L. Rev.*, vol. 38, 2001, pág. 610. En este sentido, los autores mencionados destacan que la Directiva 2000/43 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 ocupa la cúspide de la jerarquía.
- [Ver Texto](#)
- (3) El indicador más claro que sostiene esta tesis se halla en las referencias a la prestación de servicios en entornos abiertos, inclusivos y accesibles, ex artículo 27.1 primer párrafo de la Convención.
- [Ver Texto](#)
- (4) Véase artículo 27.i de la Convención.
- [Ver Texto](#)
- (5) Para un exámen en profundidad sobre esta cuestión, véase ITURRI GÁRATE, J.C., "La extinción del contrato por enfermedad o invalidez permanente", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones*

laborales, núm. 34, 2017 .

Ver Texto

(6) Para un análisis de las negociaciones de la Convención, véase KAYESS, R. & FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention of Persons with Disabilities", *Human Rights Law Review*, núm. 1, 2008; QUINN, G., A Short Guide to the United Nations Convention on the Right of Persons with Disabilities en QUINN, G. & WADDINGTON, L., *European Yearbook of Disability Law*, vol. 1, Editorial Intersentia, Oxford, 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 QUINN, G. & WADDINGTON, L., *European Yearbook of Disability Law*, vol. 1, Editorial Intersentia, Oxford, págs. 115-136; DE BURCA, G., "The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention", *European Law Review*, núm. 35, vol. 2, 2010.

Ver Texto

(7) Vid. KAYESS, R. y FRENCH, P., *Ibid.*, pág. 14.

Ver Texto

(8) Esta tesis ha sido defendida por COURTIS, C., "Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas" en DE LORENZO, R y PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *"Tratado sobre discapacidad"*, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 306; 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. 26; y DE LORENZO, 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, Navarra, 2009, pág. 71.

Ver Texto

(9) Sobre esta cuestión, véase QUINN, G y FLYNN, E., "Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 60, 2012, págs. 34-39. Para un estudio en profundidad sobre esta cuestión, véase WADDINGTON, L., "Legislating to Employ People with Disabilities: the European and American Way", *Maastricht Journal*, núm. 367, vol. 1, 1994, págs. 368; WADDINGTON, L. y 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. y YEE, S. (eds.), *Disability Rights and Policy. International and National Perspectives*, Ardsley: Transnational Publishers, 2002; DE BURCA, G., "The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law", *American Journal of Comparative Law*, núm. 60, vol. 1, 2012, págs. 1-22.

Ver Texto

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

Ver Texto

(11) Para un estudio en profundidad del contenido de la Convención, véase SCHULZE, M., *Understanding the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Handbook on the Human Rights of Persons with Disabilities*. Handicap International, 2010, Nueva York, que puede ser consultado en acceso abierto en: http://www.hiproweb.org/uploads/tx_hidrtdocs/HICRPDManual2010.pdf

Ver Texto

(12) Vid. BICKENBACH, J.E., "Disability, culture and the UN convention", *Disability and rehabilitation*, vol. 31, núm. 14, pág. 1120.

Ver Texto

(13) Vid. PALACIOS, A. Y 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, Colección telefónica accesible, Madrid, 2007; DE ASSIS ROIG, R., "Derechos Humanos y Discapacidad" en JIMÉNEZ, E. (Coord.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, Dykinson, Buenos Aires, 2006; 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; KAYESS, R. y FRENCH, P., "Out of Darkness...", *op. cit.*, pág. 2-3.

Ver Texto

(14)Vid. DE LORENZO, R., "Los contornos...", *op. cit.*, pág. 74.

Ver Texto

(15)Vid. COURTIS, C., "Los derechos de las personas...", *op. cit.*, pág. 306; CUENCA GÓMEZ, P., "Los derechos fundamentales...", *op. cit.*, pág. 26; DE LORENZO, R. "Los contornos...", *op. cit.*, pág. 71; KETT, M. *et al.*, "Disability, Development and the Dawning of a New Convention: A Cause for Optimism?", *Journal of International Development*, núm. 21, 2009, pág. 658.

Ver Texto

(16)Vid. PALACIOS, A., "La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española" in PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 173.

Ver Texto

(17)Vid. PALACIOS, A., "El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", Ediciones Cinca, Madrid, 2008, págs. 315 a 319, que detalla cómo se desarrollaron las distintas sesiones de discusión del texto.

Ver Texto

(18)Vid. apartado e) del preámbulo y artículo 1 de la convención.

Ver Texto

(19)Vid. DE LORENZO, 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, Navarra, 2009, pág. 70-71 y COURTIS, C., "Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas" en DE LORENZO, R. y CAYO PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), "Tratado sobre discapacidad", Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 305.

Ver Texto

(20)Para un análisis individualizado y detallado de tales principios, véase PALACIOS, A., "The Social Model in the International Convention on The Rights of Persons with Disabilities", *The age of Human Rights Journal*, núm. 4, 2015, págs. 100 a 107.

Ver Texto

(21)Así lo señala PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad:...*, *op. cit.*, pág. 204 y ss.

Ver Texto

(22)Vid. Apartado e) del preámbulo.

Ver Texto

(23)Vid. HENDRIKS, A., "UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *European Journal of Health Law*, núm. 14, 2007, págs. 276-277.

Ver Texto

(24) Así lo señala BICKENBACH, J.E., "Disability, culture and the UN convention", *op. cit.*, pág. 1120 *in fine*.

Ver Texto

(25)Tal y como identifica KAYESS, R. y FRENCH, P., "Out of Darkness...", *op. cit.*, pág. 21, refuerza la confusión conceptual entre limitación y discapacidad. En esta línea, DE LORENZO GARCIA, R. "La Convención, un desafío inaplazable", en ALCAÍN MARTINEZ, E. (Dir.), *La Convención Internacional sobre el derecho de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 36, señala que la Convención asume un enfoque negativo, de insuficiencia y falta de autonomía de la

discapacidad.

Paralelamente, MONZÓN, P, TRÖMEL, S. y SOTO RUIZ, J.J., "El impacto de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad" en MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J. (Coord.), *El empleo público y las personas con discapacidad*, Editorial Cinca, Madrid, 2009, págs. 406-408, señalan la falta de reconocimiento de discapacidad a las personas con funcionamiento o capacidad intelectual límite (FIL o CIL), que son personas con coeficiente intelectual inferior al habitual y presentan dificultades en la conducta adaptativa.

Ver Texto

(26) En este sentido, MONZÓN, P, TRÖMEL, S. y SOTO RUIZ, J.J., "El impacto de la convención internacional...", *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.

Ver Texto

(27) *Vid. Ibid.*, pág. 391.

Ver Texto

(28) Claros ejemplos son la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Art. 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 (Art. 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 (Art. 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 (Art. 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 (Art. 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 en el puesto de trabajo; el derecho a disfrutar de protección social (art. 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.

Ver Texto

(29) Véase los artículos 9 (Accesibilidad), 20 (Movilidad personal), 26 (Habilitación y rehabilitación) y 29 (Participación en la vida política).

Ver Texto

(30) *Vid. KAYESS, R.; FRENCH, P., "Out of Darkness...", op. cit.*, pág. 20, que sostiene 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 este mismo sentido, véase también 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. 209 *in fine*, que defiende la misma tesis, identificando que "*The United Nations maintain that no new rights have been created, [...]*", y 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", *The International Journal of Human Rights*, vol. 12, 2, 2008.

Ver Texto

(31) Vid. DE ASIS ROIG, R. *et al*, "Sobre la accesibilidad universal en el derecho", Editorial Dykinson, Madrid, 2007, págs. 117-118; HENDRIKS, A., "UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *European Journal of Health Law*, no. 14, 2007, pág. 277.

Ver Texto

(32) Vid. MÉGRET, F., "The disabilities convention: Human rights of persons with disabilities or disability rights?", *Human Rights Quarterly*, vol. 30, 2, 2008, pág. 22.

Ver Texto

(33) Vid. PALACIOS, A., "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, Navarra, 2009, pág. 173.

Ver Texto

(34) Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Convención incluye la realización de ajustes razonables en el ámbito penitenciario y el artículo 24 de la Convención incluye asimismo dicha obligación en el ámbito educativo.

Ver Texto

(35) 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, el derecho a la readaptación profesional de la Resolución 3447 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 Convención.

Ver Texto

(36) Vid. HENDRIKS, A., "UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *European Journal of Health Law*, núm. 14, 2007, pág. 277.

Ver Texto

(37) Vid. KAYESS, R. y FRENCH, P., "Out of Darkness...", *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)*".

Ver Texto

(38) Vid. Artículo 27.i de la Convención.

Ver Texto

(39) El artículo 2 de la Convención 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*".

Ver Texto

(40) 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 (art. 3.3), lo cual significa, tal y como ha indicado WHITTLE, R., "The Framework Directive for Equal Treatment in Employment and Occupation: Analysis from a Disability Rights Perspective", *European Law Review*, vol. 27, núm. 3, 2002, pág. 12 versión electrónica, la exclusión de su aplicación en el empleo protegido, debido a la percepciones de ayudas públicas destinadas al desarrollo de la actividad.

Ver Texto

(41) Tal y como señala WHITTLE, R., *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.

Ver Texto

(42) 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.

Ver Texto

(43) 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 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*, núm. 15, vol. 4, 2015, págs. 222-240; ONUFRIO, M.V., "Intersectional Discrimination in the European Legal Systems: Towards a Common Solution?", *International Journal of Discrimination and the Law*, núm. 14, vol. 2, 2014, págs. 126-140.

Ver Texto

(44) 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" en LAWSON, A. y GOODING, C., *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Hart Publishing, 2003, pág. 109.

Ver Texto

(45) 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*.

Ver Texto

(46) 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", *Common Market Law Review*, núm. 48, 2011, 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., "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*, núm. 18, 2002, págs. 403-428.

Ver Texto

(47) 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.

Ver Texto

(48) 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.

[Ver Texto](#)

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

[Ver Texto](#)

(50) Nos referimos al artículo 6.2.d de la 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, 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.*

[Ver Texto](#)

(51) Así lo señala WHITTLE, R., "The Framework Directive..." *op. cit.*, pág. 8 (versión electrónica).

[Ver Texto](#)

(52) 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.*

[Ver Texto](#)

(53) *Vid.* WADDINGTON, L., "Implementing the Disability Provisions...", *op. cit.*, pág. 117.

[Ver Texto](#)

(54) Tal y como señala WADDINGTON, L., *Ibid.*, pág. 117 la no definición del ámbito protegido por la norma es una característica habitual en las directivas en materia de no discriminación.

[Ver Texto](#)

(55) *Vid.* QUINN, G y FLYNN, E., "Transatlantic Borrowings: The Past...", *op. cit.*, págs. 40-41, 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.

[Ver Texto](#)

(56) En este sentido, véase WADDINGTON, L., "Implementing the Disability Provisions...", *op. cit.*, pág. 110.

[Ver Texto](#)

(57) En esta misma línea, véase BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 279; y WHITTLE, R., "The Framework Directive...", *op. cit.*, pág. 12 y 13 (versión electrónica).

[Ver Texto](#)

(58) Entre las situaciones sin respuesta 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.

[Ver Texto](#)

(59) En efecto, los Estados Miembros se han mostrado pocos 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...", *op. cit.*, págs. 119-121, así como Bulgaria, Grecia, Italia, Polonia, Rumania y Eslovaquia, tal y como indica el informe "Disability and Non-Discrimination Law in the European Union", Comisión Europea, 2009, pág. 19.

[Ver Texto](#)

(60) Para un análisis en profundidad sobre esta problemática, véase FAVALLI, S. y FERRI, D., "Defining Disability in the European Union Non-discrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Restraints", *European Public Law*, vol. 22, núm. 3, 2016, págs. 541-568; HOSKING, D., "Great Expectations...", *op. cit.*, págs. 9 y 10 (versión electrónica)

[Ver Texto](#)

(61) 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 cual permite una cierta flexibilidad en la conceptualización de los despidos colectivos, sin que ello perjudique la armonización de esta medida de flexibilidad externa.

[Ver Texto](#)

(62) Sobre esta cuestión, la diversidad de regulaciones internas también se pone de manifiesto por HIEß, C. y BOOT, G., *Ibid.*, pág. 125.

[Ver Texto](#)

(63) *Vid.* HIEß, C. y BOOT, G., "The Application of the EU Framework for Disability Discrimination in 18 European Countries", *European Labour Law Journal*, vol. 4, núm. 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., "Discapacidad y acción positiva: Incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo", *Lex Nova*, 2015, págs. 118 a 138.

[Ver Texto](#)

(64) Tal y como ha señalado WADDINGTON, L., "HK Danmark (Ring and Skouboe Werge): Interpreting EU Equality Law in Light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *European Anti-discrimination Law Review*, vol. 17, 2013, págs. 21-22, la exigencia de un grado mínimo de discapacidad "[...] has the effect of excluding persons with lesser degrees of disability, and individuals who have not been accessed by the social security office in order to determine a disability degree, from the protection from discrimination". En este sentido, WADDINGTON, L. sostiene que 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, y propone como alternativa especial énfasis en "[...] the interaction between an individual's impairment and various barriers, and the resulting hindrances to participation in professional life, and more generally on the ground for the adverse treatment".

[Ver Texto](#)

(65) El artículo 2 de la Convención, encargado de plasmar distintas definiciones, constata como comportamiento discriminatorio por razón de discapacidad la denegación de la realización de los ajustes razonables.

[Ver Texto](#)

(66) Así, 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. y HENDRIKS, A., señalan en "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*, núm. 18, 2002, 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. Incluso países no miembros de la Unión Europea, a saber Australia,

Nueva Zelanda y Sudáfrica han adoptado la no realización de los ajustes razonables como forma de discriminación, tal y como señalan WADDINGTON, L. y 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*, núm. 18, vol. 3, 20002, págs. 411-412.

[Ver Texto](#)

(67) *Vid.* VENTEGODT, LISBERG, M., *Disability and Employment. A Contemporary Disability Human Rights Approach Applied to Danish, Swedish and EU law and Policy*, Intersentia, 2011, Reino Unido, págs. 112-115.

[Ver Texto](#)

(68) *Vid.* DAY, S. y BRODSKY, G., "The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?", *Canadian Bar Review*, núm. 75, 1996, pág. 435, que critican que los ajustes razonables están diseñados como concesiones a grupos minoritarios. De esta manera, sostienen que la actual concepción de esta institución está limitada por la capacidad y voluntad de llevar a cabo los ajustes por parte del grupo social mayoritario, esto es, personas sin discapacidad.

[Ver Texto](#)

(69) *Vid.* WADDINGTON, L. y HENDRIKS, A., "The Expanding Concept...", *op. cit.*, pág. 415.

[Ver Texto](#)

(70) En esta misma dirección, véase DAY, S. y BRODSKY, G., "The Duty to Accommodate...", *op. cit.*, pág. 462, destacan que el ajuste razonable no cambia los procedimientos o servicios, sino que simplemente exige modificaciones para aquellas personas que no se ajustan al canon de normalidad. En este sentido, defienden que la asunción de la igualdad exige abandonar la idea de ajuste como concesión individual y minoritaria.

[Ver Texto](#)

(71) 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.

[Ver Texto](#)

(72) Los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han abordado la discapacidad han sido la Sentencia Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456; Sentencia Coleman, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415; Sentencia Odar, C-152/11, EU:C:2012:772; Sentencia Comisión/Italia, C-312/11, EU:C:2013:446; Sentencia HK Danmark, C-335/11, EU:C:2013:222; Sentencia Glatzel, C-356/12, EU:C:2014:350; Sentencia Z, C-363/12, EU:C:2014:159; Sentencia FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463; y, finalmente, Sentencia Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

[Ver Texto](#)

(73) 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.

[Ver Texto](#)

(74) 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*, núm. 130, 2015, págs. 140-144, sostiene que nos encontramos ante la evolución de la doctrina contenida en la Sentencia Chacón Navas, y no ante una rectificación de la misma.

[Ver Texto](#)

(75) La sentencia HK Danmark modifica la doctrina contenida en la sentencia Chacón Navas, que se apartó del enfoque inclusivo defendido institucionalmente por el Parlamento, la Comisión y el Consejo desde la 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 la 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).

[Ver Texto](#)

(76) 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).

[Ver Texto](#)

(77) 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*, núm. 18, vol. 4, 2011, págs. 431-453, que identificaba aquellas áreas de solapamiento de competencias exclusivas y compartidas de la Unión Europea sobre las que se pronuncia la Convención. En el mismo sentido, véase DE BURCA, G., "The EU in the Negotiation...", *op. cit.*, págs. 1-23.

[Ver Texto](#)

(78) Véase el párrafo 32 de la Sentencia HK Danmark, C-335/11, EU:C:2013:222.

[Ver Texto](#)

(79) Véase, en especial, las sentencias Comisión/Alemania, C 61/94, EU:C:1996:313, apartado 52; HK Danmark, EU:C:2013:222, apartado 29, y Z, EU:C:2014:159, apartado 72.

[Ver Texto](#)

(80) Así lo sostiene 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*, núm. 17, 2013, pág. 20.

[Ver Texto](#)

(81) Las disposiciones que presentan mayores problemas son las de control y seguimiento de la implementación de la Convención (arts. 31 a 33). A mayor abundamiento, véase WADDINGTON, L., "The European Union...", *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 Unión Europea 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.

[Ver Texto](#)

(82) Párrafo 38 de la Sentencia HK Danmark, C-335/11, EU:C:2013:222.

[Ver Texto](#)

(83) En este sentido, véase MOLINA NAVARRETE, C., "Discriminación por discapacidad...", *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".

[Ver Texto](#)

(84) 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*, núm. 4, 2013, pág. 140.

[Ver Texto](#)

(85) Véase párrafos 49 a 58 de la mencionada sentencia, que clarifica que el concepto "largo plazo" debe analizarse por el juez nacional con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio, ya que se trata de una cuestión principalmente fáctica. Para ello, el TJUE establece como indicios el que, en la fecha del hecho presuntamente

discriminatorio, 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 (párrafo 56).

Para un estudio en profundidad sobre el alcance de esta sentencia, véase WADDINGTON, L., "EHRC 2017/29 HvJ EU, 01-12-2016, C-395/15 Non-discriminatie, Handicap, Definitie van de grondhandicap, Begriplangdurigebeperkingen", European Human Rights Cases (EHRC), no. 29, 2017; 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, no. 3, 2017; FERNÁNDEZ MARTINEZ, S., "Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi", Trabajo y Derecho, no. 28, 2017, págs. 77-82; SÁNCHEZ PÉREZ, J., "¿Es discriminatorio despedir en situación de incapacidad laboral? Los nuevos límites comunitarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15", Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, no. 406, 2017, págs. 173-177 y RODRÍGUEZ CARDO, I., "Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?", La Ley Unión Europea, no. 43, 2016, págs. 1-6.

[Ver Texto](#)

(86) Así lo advierte WADDINGTON, L., "HK Danmark (Ring and SkouboeWerge)", *op. cit.*, pág. 21.

[Ver Texto](#)

(87) *Vid.* Párrafo 44 de las Conclusiones de la Abogada General J. Kokkot, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2012:775.

[Ver Texto](#)

(88) *Vid.* Párrafo 42 de las Conclusiones de la Abogada General J. Kokkot, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2012 :775.

[Ver Texto](#)

(89) Véase párrafo 46 de la Sentencia HK Danmark.

[Ver Texto](#)

(90) El mencionado 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.

[Ver Texto](#)

(91) 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 párrafo 54 de la sentencia HK Danmark 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".

[Ver Texto](#)

(92) Véase párrafo 53 de la Sentencia HK Danmark, 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»."

[Ver Texto](#)

(93) *Vid.* GOÑI SEIN, J.L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 264 a 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, Ediciones Cinca, Madrid, 2014, págs. 1-15 (formato electrónico).

[Ver Texto](#)

(94) Véase artículos 1 y 27 de la Convención.

[Ver Texto](#)

(95) Aunque la Convención no establece explícitamente que la ausencia de ajustes razonables es discriminatoria, sí que es cierto que el 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 Convención asocia la discriminación con la no realización de ajustes razonables. Para más información sobre los países que han reconocido la no realización de ajustes razonables como una forma de discriminación, véase la cita 46 de la presente comunicación.

[Ver Texto](#)

(96) Véase artículo 3.1.c Directiva 2000/78, que prevé la aplicación de la Directiva en relación con las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración.

[Ver Texto](#)

(97) Véase el párrafo 32 de la Sentencia Hk Danmark, examinada en el apartado 2.2 de la presente comunicación.

[Ver Texto](#)

(98) Véase párrafo 53 de la Sentencia Hk Danmark, examinada en el apartado 2.2 de la presente comunicación.

[Ver Texto](#)

(99) Véase especialmente el párrafo 49 de las Conclusiones de la Abogada General J. Kokkot, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2012:775, que señala que el objetivo del artículo 5 Directiva 2000/78 "*[...] no es sólo hacer realidad la igualdad de trato, sino la equiparación de las personas con discapacidad y posibilitarles con ello el ejercicio de una profesión*". En este mismo sentido, el párrafo 58 de las mencionadas conclusiones es aún más explícito, sosteniendo que "*[...] lo determinante ha de ser si una medida concreta puede contribuir a que una persona con discapacidad pueda emprender una profesión o seguir desempeñándola. Así las cosas, se corresponde precisamente con la finalidad de la Directiva no excluir totalmente del mercado laboral a los trabajadores con discapacidad que, al menos, pueden trabajar parcialmente, sino posibilitarles la participación en la vida profesional mediante la oferta de un empleo a tiempo parcial*".

[Ver Texto](#)