

DERECHO de las RELACIONES LABORALES

EDITORIAL

→ "Soberanía" sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres
María Emilia Casas Baamonde

LA JURISPRUDENCIA EN DETALLE

→ Hacia un nuevo modelo de huelga triangular mercantil (SSTS 3 Octubre 2018, Rec.1147/2017 y Rec.3365/2016)
Jesús Lahera Forteza

CRÓNICA SOCIAL

→ Estudio comparativo sobre el RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo
Carlos Hugo Preciado Domènech

LEÍDO PARA USTED

→ Representación y libertad sindical
Remedios Menéndez Calvo

DOCTRINA

→ La garantía del derecho a la salud y la asistencia sanitaria en la normativa internacional general y comunitaria.

José Luis Monereo Pérez

→ La adaptación de la extinción por la ineptitud sobrevinida del trabajador con discapacidad a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿Una cuestión pendiente?

David Gutiérrez Colominas

SUMARIO

EDITORIAL 227

ED

“Soberanía” sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres

María Emilia Casas Baamonde

NOVEDADES 245

NV

*Jonatan Molano Navarro
José M^o Miranda Boto*

DOCTRINA 255

DU

La garantía del derecho a la salud y la asistencia sanitaria en la normativa internacional general y comunitaria 255

José Luis Monereo Pérez

La adaptación de la extinción por la ineptitud sobrevinida del trabajador con discapacidad a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿Una cuestión pendiente? 297

David Gutiérrez Colominas

LA JURISPRUDENCIA EN DETALLE 307

JD

Hacia un nuevo modelo de huelga triangular mercantil (SSTS 3 Octubre 2018, Rec. 1147/2017 y Rec. 3365/2016)
Jesús Lahera Forteza

CRÓNICA SOCIAL 312

CS

Estudio comparativo sobre el RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo

Carlos Hugo Preciado Domènech

AGENDA 340

AG

José M^o Miranda Boto

LEÍDO PARA USTED 341

LU

Representación y libertad sindical
Remedios Menéndez Calvo

La adaptación de la extinción por la ineptitud sobrevenida del trabajador con discapacidad a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿Una cuestión pendiente?

David Gutiérrez Colominas
Doctor en Derecho. Investigador Postdoctoral. Universidad Autónoma de Barcelona

Recibido 21 de junio de 2018.
Admitido 15 de marzo de 2019.

SUMARIO

1. El paradigma social de tratamiento de la discapacidad integrado en Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad y su implementación efectiva en el ordenamiento jurídico español; 2. La extinción objetiva del contrato de trabajo debida a la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa; 2.1. El concepto “ineptitud” y su relación con la discapacidad; 2.2. La integración de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad; 3. Garantías necesarias para la adaptación de la extinción por ineptitud sobrevenida a la CIDPD; 3.1. El conocimiento de la condición de persona con discapacidad en el trabajador por el empresario; 3.2.- La necesaria distinción entre las medidas de ajuste preventivas y antidiscriminatorias: El conflicto no resuelto entre los artículos 25 LPRL y 40.1 LGDPCD; 4. Valoración final.

RESUMEN

La Convención Internacional de las Personas con Discapacidad fue un hito histórico que significó la integración del modelo social de tratamiento de la discapacidad en el plano jurídico. Si bien la Ley 26/2011 se encargó de adaptar ciertos aspectos del marco jurídico español, la progresiva expansión europea del término “discapacidad” pone de relieve la insuficiente adaptación del ordenamiento jurídico español a las exigencias de la CIDPD, especialmente en relación con la extinción derivada de la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa (art. 52.a del TRLET).

Ante este escenario, este artículo examina cuáles son los aspectos de la extinción por ineptitud sobrevenida que mayor desconexión presentan respecto a la CIDPD, ofreciendo a tal efecto propuestas de mejora que garanticen un mercado de trabajo abierto e inclusivo, que no expongan a un riesgo adicional de extinguir el contrato de trabajo a las personas con discapacidad.

PALABRAS CLAVE

Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad; Ineptitud sobrevenida; Discriminación por razón de Discapacidad; Discriminación indirecta; Ajustes razonables

ABSTRACT

The Convention of Persons with Disabilities was a historic milestone, which meant the integration of the social model of disability into the legal framework. Although Law 26/2011 was in charge of adapting certain aspects of the Spanish legal framework, the progressive European expansion of the term “disability” highlights the insufficient adaptation of the Spanish legal system to the requirements of the CRPD, especially in relation to the extinction resulting from the supervening ineptitude of the worker known or occurring after his or her actual placement in the company (art. 52.a of the TRLET).

Faced with this scenario, the aim of this article is to examine the aspects of the extinction due to supervening ineptitude that are most disconnected from the CRPD, offering proposals for improvement that guarantee an open and inclusive labour market that does not expose people with disabilities to an additional risk of terminating their employment contracts.

KEYWORDS

Convention on the Rights of People with Disabilities; Supervening Ineptitud; Disability Discrimination; Indirect Discrimination; Reasonable Accommodation

1. El paradigma social de tratamiento de la discapacidad integrado en Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad y su implementación efectiva en el ordenamiento jurídico español

La aprobación de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CIDPD) fue un hito histórico en materia de tratamiento de la discapacidad. Este texto internacional simbolizó un cambio de paradigma en el tratamiento de las personas con discapacidad, influenciado hasta la fecha por el *soft law*¹, redirigiendo la estructura normativa de principios y metas a derechos².

Sin embargo, la gran aportación de la CIDPD es la forma en la que concibe la discapacidad, entendida como el resultado de una serie de interacciones personales y contextuales, trasladando así el modelo social de tratamiento de la discapacidad al plano normativo³. El impacto de este cambio de paradigma se ha materializado en la progresiva expansión que ha experimentado el concepto “discapacidad” en un plano europeo, como resultado de la asunción del modelo social por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que cristalizó en la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11, EU:C:2013:222⁴.

Para lograr la implementación nacional de este paradigma el instrumento clave ha sido la integración multinivel de la obligación de realizar ajustes razonables, que pretende exigir las adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada para garantizar a las personas con discapacidad el disfrute de derechos en igualdad de condiciones. Este deber empresarial tiene una especial incidencia en el ámbito del trabajo y empleo, ya que el artículo 5 de 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 (en adelante, Directiva 2000/78/CE), obligó a transponer este mecanismo antidiscriminatorio en los distintos países que integran la Unión Europea.

Desde una perspectiva nacional, la adaptación del ordenamiento jurídico español a las exigencias de la CIDPD se abordó mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, Ley 26/2011), que continuó la implementación del modelo social, ya iniciada mediante la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, actualmente refundida en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, LGDPCD). En particular, se encargó de introducir una especial sensibilidad en la salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad, con especial énfasis en la erradicación de la discriminación en distintos ámbitos de la vida pública y privada. No obstante, la Ley 26/2011 no introdujo grandes cambios⁵, dado que la exigencia de transponer la Directiva 2000/78, que se efectuó mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, supuso la integración de algunos mecanismos presentes en la CIDPD⁶.

1 Tal y como señalan KAYESS, R.; FRENCH, P., “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law Review*, vol. 8, 1, 2008, pág. 14 el instrumento que inspiró la CIDPD fue la Resolución 48/96, de 4 de marzo de 1994, mediante la que se aprueban las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

2 Claras referencias que ilustran esta circunstancia pueden hallarse en los apartados c y e del preámbulo de la CIDPD, que apuestan, como señala VALDÉS DAL-RE, F., “El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos”, *Derecho de las relaciones laborales*, 1, 2018, pág. 4, por abandonar “[...] la configuración de la discapacidad como un problema asistencial, concibiéndola y tratándola como una cuestión de derechos humanos”. Esta tesis también ha sido defendida por COURTIS, C., “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas”, en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L.C. (Coords.) *Tratado sobre discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2007, pág. 306; DE LORENZO GARCÍA, R., “Los contornos del Derecho de la Discapacidad”, en PÉREZ BUENO, L.C. (Coord.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo, Aranzadi*, Pamplona, 2009, pág. 71; CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2012, pág. 26.

3 Este paradigma de tratamiento de la discapacidad concibe la discapacidad como un fenómeno social, creado y modelado por la sociedad, rechazando así la existencia de limitaciones individuales. Antes al contrario, las raíces del problema se hallan en la sociedad, concebida como ente limitante de las posibilidades de las personas, que es incapaz de dar respuesta a las necesidades exigidas por la diversidad humana. De esta forma, la solución que se propone es transformar las funciones de los poderes públicos y de la sociedad, y adoptar la accesibilidad y el diseño universal como estándar social, abandonando la idea de normalidad. Se persigue, pues, adecuar la prestación de servicios a las necesidades funcionales de cada persona, a fin de destruir la concepción cultural de la existencia de una menor capacidad de estas personas para la ejecución de ciertas tareas.

4 Esta sentencia, que fue la primera sentencia dictada tras la ratificación de la CIDPD por la Unión Europea, simbolizó el tránsito del modelo médico de tratamiento de la discapacidad al modelo social, mediante la asimilación de la enfermedad a la discapacidad, siempre que

se trate de una limitación de larga duración, 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.

5 Esencialmente, se limitó únicamente a actualizar distintas disposiciones en aras de dar cumplimiento al artículo 4 de la CIDPD, entre las que destacaron la ampliación del significado del principio de igualdad de oportunidades (artículo 1.1 de la Ley 26/2011), del concepto de persona con discapacidad (artículo 1.2 de la Ley 26/2011), y la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en los que existan indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad (artículo 1.9 de la Ley 26/2011).

6 El ejemplo más paradigmático fue la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad, deber empresarial plasmado en el artículo 5 de la Directiva 2000/78, y que posteriormente fue adoptado como medida estrella por la

Así pues, ante un escenario de progresiva expansión del término “discapacidad”, surge la hipótesis principal de este artículo, que es la insuficiente adaptación del ordenamiento jurídico español a las exigencias de la CIDPD, especialmente en relación con las extinciones del contrato de trabajo con especial incidencia en personas con discapacidad. A tal efecto, la configuración de la extinción del contrato de trabajo derivada de la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa (art. 52.a del TRLET) es la que presenta mayores discordancias con la lógica normalizadora e inclusiva de la CIDPD. La razón fundamental de esta tesis se fundamenta en que esta causa parte de un concepto (ineptitud) contrario a los objetivos de la CIDPD, que omite cualquier referencia a la pérdida de capacidad de trabajo derivada de la discapacidad debido a la obligación de adaptar los entornos laborales para que sean inclusivos, abiertos y accesibles para todos los trabajadores (art. 27.1 de la CIDPD). La importancia de esta cuestión no es menor, ya que la falta de conexión entre la extinción por ineptitud sobrevenida y la CIDPD puede provocar una situación de trato discriminatorio indirecto hacia aquellos trabajadores con discapacidad, que se hallan especialmente expuestos a esta modalidad extintiva, y por lo tanto, a la expulsión del mercado de trabajo como consecuencia de su discapacidad.

En consecuencia, el objetivo de este artículo es examinar si la adaptación del ordenamiento jurídico español a la CIDPD ha logrado asumir los objetivos de este importantísimo instrumento internacional, y para ello, se examinará la configuración actual del artículo 52.a del TRLET, tomando como referencia su relación con la medida antidiscriminatoria que materializa el paradigma social: la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo, prevista en el artículo 40.2 del LGDPCD.

2. La extinción objetiva del contrato de trabajo debida a la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa

El desarrollo de la prestación de servicios en el ámbito laboral exige, entre los deberes estipulados en el artículo 5 del TRLET, el cumplimiento de las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, obligación esta que implica esencialmente la

existencia de capacidad para prestar las funciones esenciales asociadas al puesto de trabajo durante toda la duración del contrato de trabajo. Sin embargo, esta capacidad laboral puede verse alterada a lo largo de la relación laboral, y es por ello que el legislador ideó una vía para facilitar la extinción del vínculo contractual, mediante una causa obstativa de la continuidad del contrato por desaparición de su objeto⁷, especialmente para aquellas situaciones en las que no se reconoce una prestación de Incapacidad Permanente. El artículo 52.a del TRLET se encarga de articular esta posibilidad⁸, pero la escasa atención a su regulación ha originado una configuración abierta⁹, unilateral¹⁰, y de carácter eminentemente jurisprudencial.

Como puede observarse, se trata de una causa extintiva que puede tener un especial impacto en aquellos trabajadores con discapacidad o enfermedad asimilable a aquella, que tienen un mayor riesgo de ser expuestos dada la reducción de su capacidad de trabajo que la discapacidad puede significar. Esta circunstancia pone de manifiesto que la extinción del artículo 52.a del TRLET puede suponer una diferencia de trato indirecta por razón de discapacidad, de forma similar a lo sucedido en el marco de la modalidad extintiva de faltas de asistencia *ex* artículo 52.d del TRLET¹¹.

- 7 Así lo apunta SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., “Ineptitud, falta de adaptación y absentismo”, en *Estudios sobre el despido: homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996., pág. 140.
- 8 El contenido del precepto señala: “El contrato podrá extinguirse: a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento”.
- 9 Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral”, *Revista de Política Social*, vol. 127, 1980., pág. 205; FITA ORTEGA, F., *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.; ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, *Ibidem*, Madrid, 1999, págs. 452-463; PASTOR MARTÍNEZ, A., “El deber de adaptación de las condiciones de Trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de Trabajo”, en V.V.A.A., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, Madrid, 2015., pág. 11 (versión electrónica) y GOÑI SEÍN, J.L.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 272.
- 10 Vid. RUIZ CASTILLO, M. M., *Igualdad y no discriminación: la proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Bomarzo, Albacete, 2010, pág. 121, que destaca el carácter unilateral de la apreciación de la ineptitud y la convalidación, en su caso, por los tribunales.
- 11 La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca núm. 171/2018 de 7 de marzo de 2018, que fue el pronunciamiento judicial resultante de la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17, pone de manifiesto el carácter discriminatorio indirecto por razón de discapacidad de la extinción por faltas de asistencia aún justificadas, y de forma indirecta, la no adaptación normativa del ordenamiento jurídico español a la CIDPD. Para un examen en profundidad sobre estos pronunciamientos, véase MARTINEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A., “Obesidad/discapacidad, absentismo y despido: el art. 52.D) ET pasa “rozando” el filtro de la Directiva 2000/78 (comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero)”, *Revista de derecho social*, núm. 81, 2018, págs. 141-152; MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P., “La ‘cosificación’ del trabajador en la discriminación in-

CIDPD, ya que materializa las pretensiones inclusivas del modelo social de tratamiento de la discapacidad.

Ante este escenario, existen distintas cuestiones que conviene analizar a la luz de la CIDPD, a fin y efecto de determinar qué aspectos pueden ser modificados para evitar que esta modalidad extintiva pueda afectar más sensiblemente a los trabajadores con discapacidad y generar una diferencia de trato injustificada. En particular, se examinará el concepto ineptitud y su relación con el término discapacidad, y la integración de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad en el marco de esta modalidad extintiva.

2.1. El concepto “ineptitud” y su relación con la discapacidad

La ineptitud a la que se refiere el artículo 52.a del TRLET es definida por el Tribunal Supremo como *la inhabilidad o carencia de facultades que tienen su origen en la persona del trabajador, bien por la falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por el deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo: rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc*¹², y su correcta aplicación exige el cumplimiento de cinco requisitos, a saber: a) ha de provenir de circunstancias concurrentes en la persona del trabajador¹³; b) ha de ser de carácter permanente; c) debe ser posterior al inicio del contrato; d) ha de afectar al elemento central de la prestación laboral¹⁴; y por último, e) debe ser ajena a la voluntad del trabajador¹⁵.

Ante esta construcción, la pregunta clave que surge es ¿cómo ha encajado el concepto “discapacidad” en el “término” ineptitud? La respuesta es, desafortunadamente, que el legislador no ha procedido a clarificar cómo interactúan tales conceptos, circunstancia que es especialmente negativa

si tenemos en cuenta la progresiva expansión que ha experimentado la caracterización de la discapacidad¹⁶. El planteamiento normativo, que no ha sufrido variaciones desde los orígenes de su implementación en el ordenamiento jurídico español¹⁷, focaliza su atención en definir la ineptitud como una falta de habilidad para la realización de las tareas profesionales esenciales en el puesto de trabajo en concreto¹⁸, sin prestar atención a la tipología de la ineptitud.

Respecto a la discapacidad, la definición actual *ex* artículo 4 de la LGDPCD parte de la existencia de deficiencias físicas, mentales e intelectuales que generan limitaciones de carácter duradero en la vida profesional del trabajador¹⁹. Como puede observarse, la afectación a las tareas profesionales y el carácter duradero son precisamente los puntos de conexión entre ineptitud y discapacidad, y la vaguedad de la definición legal del primer concepto –que es técnicamente inexistente– permite que situaciones como la discapacidad puedan ser calificadas como ineptitud, dada la amplitud de la definición actual.

Sin embargo, la ineptitud pone el acento en la falta de capacidad de carácter permanente para desempeñar las funciones del puesto de trabajo, pero no introduce diferencias en función de su origen. Esta circunstancia pone de relieve la falta de adaptación de esta modalidad extintiva a la CIDPD, ya que no ofrece protección a aquellas situa-

directa contra discapacitados en materia de absentismo laboral: Estudio jurídico crítico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16: Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad”, *La Ley Unión Europea*, número 57, 2018 y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La discriminación por discapacidad en la regulación de las extinciones por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas: ¿una cuestión europea de determinación nacional? STJUE de 18 de enero de 2018, Asunto Ruiz Conejero (JUR 2018, 16903)”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, Nº. 207, 2018, págs. 341-355.

12 Véase el F.D. II de la STS núm. 663 de 2 de mayo de 1990.

13 El Tribunal matiza que aquellas circunstancias fruto de impedimentos legales deben ser descartadas, como por ejemplo la existencia de impedimentos legales para ejercer la profesión.

14 Sobre esta cuestión, la citada sentencia clarifica que esta afectación no se refiere a la mera pérdida de aptitud para algunas tareas determinadas o aquella con una repercusión mínima sobre las labores básicas, ya que “*ya que lo que la norma quiere proteger es el interés del empresario por la utilidad de los servicios de ese trabajador*” (F.D. III.4 de la citada sentencia).

15 El apartado 5º del F.D. III señala que la ineptitud no incluye los supuestos de disminución voluntaria de rendimiento. Estas situaciones deberán incardinarse por la vía del artículo 54.2.e del TRLET.

16 La causa de esta expansión se halla en la evolución de la doctrina del TJUE, cuya STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222 significó un punto de inflexión que inició la ampliación del concepto “discapacidad”, al admitir la asimilación de la enfermedad a aquel. Para un examen en profundidad de los hitos del TJUE sobre esta materia, véase RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Discapacidad, enfermedad y despido en la Directiva 2000/78”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 3, 2018, págs. 231-248, que efectúa un repaso exhaustivo a los pronunciamientos judiciales más relevantes sobre esta temática.

17 La extinción por causas objetivas debida a la ineptitud sobrevenida del trabajador se introdujo en el ordenamiento jurídico español en el artículo 89.6 de la Ley de Contrato de Trabajo de 22 de noviembre del 1931, y su redacción ha sufrido variaciones menores. Concretamente, la redacción original señalaba como justa causa para despedir: “la ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado”, redacción esta que se mantuvo inalterada hasta la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 14 de marzo), cuyo artículo 52.a introdujo la redacción que a fecha de hoy sigue intacta.

18 Sobre el puesto de trabajo como marco para valorar la ineptitud, véase RODRÍGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 127, 2014, pág. 117, que indica que: “[...] para apreciar la ineptitud sobrevenida se tienen en cuenta las concretas funciones del puesto de trabajo”.

Sin embargo, la doctrina judicial ha matizado, en alguna ocasión, esta concepción. Véase, en este sentido, la STS de 17 de enero de 1989 (RJ 1989/259), la STSJ de Castilla la Mancha de 22 de febrero de 2007 (Rec. 1897/2006) y la STSJ de Madrid de 3 de julio de 2009 (Rec. 2327/2009), tal y como constata *Ibid.* pág. 118.

19 Así se indicó por la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, apartado 44 y, de forma más reciente y profunda, la STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12, EU:C:2014:159, apartado 80.

ciones en las que la causa de la ineptitud proviene de una alteración de la salud. La razón de este desajuste bien puede resumirse en la falta de concreción legal del concepto ineptitud ante los cambios jurisprudenciales y normativos sobre el concepto de discapacidad. Ahora bien, la protección antidiscriminatoria de la discapacidad, integrada esencialmente en la Directiva 2000/78 y en la CIDPD, significa que el acercamiento entre los términos “ineptitud” y “discapacidad” en el marco de una modalidad extintiva es peligroso porque presenta visos de discriminación de carácter indirecta²⁰, y requiere una modificación normativa.

Ante este escenario, sería conveniente reformular el concepto “ineptitud”, clarificando la aplicación de esta medida extintiva en aquellas situaciones en las que el trabajador afectado pueda considerarse persona con discapacidad al amparo de alguna de las situaciones incardinadas en el artículo 4 de la LGDPCD. En particular, el artículo 52.a del TRLET debería definir el significado de ineptitud, incluyendo a tal efecto una subclasificación partiendo del origen de la ineptitud²¹, y plasmar un régimen jurídico distinto en función de la causa que da lugar a esta situación. En el caso de las ineptitudes derivadas de las alteraciones de la salud, sería necesario concretar un procedimiento específico con garantías que permita dilucidar si el origen de la ineptitud puede ser considerada asimismo una discapacidad *ex* artículo 4 de la LGDPCD, ya que esta circunstancia tendrá como consecuencia determinar si es exigible el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables como control previo a la extinción, que se examinará en el apartado siguiente de este artículo, so pena de considerar la decisión discriminatoria. A tal efecto, los criterios que se plasman en la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917 y las conclusiones que emitió el Abogado General el 26 de mayo de 2016, EU:C:2016:371, que valoran aspectos como *la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del resta-*

blecimiento de dicha persona, acreditada mediante documentos y certificados médicos, a lo que podría sumarse un examen del impacto de la patología en las funciones profesionales, podrían ser indicadores adecuados para determinar si la ineptitud del trabajador también podría encajar en el concepto de discapacidad.

2.2. *La integración de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad*

Otro aspecto capital que conviene examinar es cómo interactúa la obligación de realizar ajustes razonables en este tipo de supuestos extintivos. En primer lugar, llama la atención el absoluto silencio normativo del artículo 52.a del TRLET sobre esta cuestión, especialmente si tenemos en cuenta la prohibición de ocasionar una desventaja particular por razón de discapacidad en relación con el especial impacto que puede suponer esta modalidad extintiva para trabajadores con discapacidad.

Si bien es cierto que el legislador procedió a introducir la obligación de realizar ajustes razonables en el ordenamiento jurídico español como consecuencia de la transposición de la Directiva 2000/78 mediante la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la realidad es que no se ha producido una integración efectiva en instituciones existentes previas a la citada Directiva y a la CIDPD. En particular, el artículo 52.a del TRLET se ha mantenido normativamente inalterado, y ante el elevado riesgo de exposición de las personas con discapacidad a esta modalidad extintiva, los tribunales ya han tenido oportunidad de modular su aplicación en aquellos supuestos en los que ineptitud y discapacidad concurren simultáneamente. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (Rec. 160/2016) inauguró una tendencia encaminada a integrar efectivamente el cumplimiento de los ajustes razonables en el marco de las extinciones por ineptitud sobrevenida, constatando que existirá discriminación por razón de discapacidad en aquellos supuestos en los que decida extinguirse la relación por ineptitud sobrevenida del trabajador con discapacidad y no se dé cumplimiento a la obligación de realizar ajustes razonables.

Sin ánimo de entrar a valorar los aspectos que suscita este pronunciamiento judicial²², la juris-

20 El mayor riesgo de exposición a esta modalidad extintiva de las personas con discapacidad, cuya afectación a la salud puede tener consecuencias en la capacidad de trabajo, es la razón principal de esta tesis.

21 Según TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 3, 2009, pág. 3, (versión electrónica), la conceptualización del concepto ineptitud se compone de tres clasificaciones que atienden a las causas que generan dicha circunstancia: a) la ineptitud debida a la revocación o no renovación de titulaciones o habilitaciones profesionales; b) la carencia de facultades como consecuencia de alteraciones de la salud; y, finalmente, c) la inhabilidad por otras causas, categoría esta que actúa como cajón de sastre, integrando aquellas situaciones que no encajan con ninguna de las otras clases.

22 Para un examen en profundidad sobre las cuestiones que suscita esta sentencia, véase MOLINA NAVARRETE, C. “Enfermedades asimilables a la discapacidad, incapacidades temporales y enfoques de gestión empresarial: ¿despedir, prevenir o acomodación razonable?”

prudencia ha procedido a advertir la primacía del derecho al trabajo dentro de la tutela antidiscriminatoria, de tal suerte que el despido por ineptitud sobrevenida debe ser considerado subsidiario respecto a la adaptación del puesto de trabajo de las personas con discapacidad, a fin de no incurrir en un trato discriminatorio por razón de discapacidad. De esta manera, el empresario debe agotar todas las opciones de adaptación posibles, en el marco de la obligación de realizar ajustes razonables, antes de proceder a la extinción del artículo 52.a del TRLET, cuestión esta que ya se había reconocido anteriormente en el marco de la tutela preventiva²³, pero que el pronunciamiento del Tribunal Supremo ha extendido a la tutela antidiscriminatoria.

Ahora bien, esta decisión judicial pone de relieve una circunstancia crucial a efectos de valorar la insuficiente adaptación del ordenamiento jurídico español a las exigencias de la CIDPD: la falta de integración de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad en la extinción por la ineptitud sobrevenida del trabajador. En efecto, este deber empresarial tiene una finalidad primordial en el

mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad, circunstancia esta totalmente coherente con el planteamiento de la CIDPD, y a su vez con la Directiva 2000/78 que no será objeto de análisis²⁴. Su artículo 27 promueve, protege y asegura el derecho a trabajar en igualdad de condiciones, mandato que los Estados deben cumplir mediante la continuidad y el mantenimiento en el empleo, *ex* artículo 27.1 letra a) y letra e). Esta especificación es clave en la valoración de la adaptación de la extinción del artículo 52.a del TRLET a la CIDPD, ya que la actual configuración de dicho precepto no procura la creación de un mercado de trabajo inclusivo y accesible a las personas con discapacidad. La facilidad con la que permite expulsar a este colectivo en aquellos supuestos en los que la discapacidad aparece durante la relación laboral quebranta la igualdad de condiciones en el trabajo y el empleo pretendida en el artículo 27 de la CIDPD, pues transforma la discapacidad en la causa que permite al empresario extinguir el contrato de trabajo.

Llegados a este punto, conviene señalar la necesidad de modificar la actual redacción del artículo 52.a del TRLET para lograr una plena adaptación a la CIDPD, integrando la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo como control previo a la extinción en aquellos supuestos en los que el trabajador en el que se aprecia la ineptitud sobrevenida pueda ser considerado persona con discapacidad. En este sentido, se trata de una protección *ex ante* a la decisión extintiva, y por lo tanto, el empresario deberá demostrar que ha procedido a su cumplimiento. Su infracción supondrá una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidad, de conformidad con el artículo 63 de la LGDPCD, que deberá traducirse en la declaración de nulidad de la decisión extintiva por discriminatoria.

3. Garantías necesarias para la adaptación de la extinción por ineptitud sobrevenida a la CIDPD

De forma más general, la correcta adaptación de la modalidad extintiva objeto de análisis requiere abordar legalmente dos cuestiones que son especialmente problemáticas, y que se hallan estrechamente conectadas con los dos aspectos principales

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 194/2018, de 22 de febrero, "Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos", núm. 422, 2018, págs. 164-176 y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., "La discriminación por discapacidad en las extinciones por ineptitud sobrevenida. Comentario a la STS de 22 de febrero de 2018 (Rec 160/2016)", *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 5, 2018, págs. 252-230.

23 Especialmente ilustrativa es la STSJ del País Vasco de 3 de junio de 2008 (Rec. 1105/2008), que fue la primera en sostener esta tesis. Concretamente, el F.D. II advierte que "[...] nuestra actual legislación está primando el derecho al trabajo, pero dentro de los parámetros de seguridad e higiene, de forma que la empresa no está facultada para instrumentalizar una causa de extinción, sino que ese riesgo que denuncia debe ser un aliciente que fomente la seguridad e higiene en el trabajo, no la extinción del contrato y pérdida del mismo, sino un cauce idóneo para afianzar el marco en el que se desarrolla el trabajo"; para, seguidamente, recordar que "[...] lo dispuesto por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales cuando tras establecer que el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva (artículo 22.4.3), impone a aquél la obligación de garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo (artículo 25.1)".

Desde un punto de vista doctrinal, GOÑI SEÍN, J.L.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, op. cit., pág. 275, señalan que: "éste (el empresario), antes de proceder a la extinción por la vía del artículo 52.a del TRLET debe agotar toda la diligencia posible, introduciendo las medidas de protección y prevención necesarias, y procurando a los trabajadores afectados de disminución funcional unas condiciones compatibles con su estado de salud para su continuidad en la prestación de servicios".

Para un estudio en profundidad sobre la adaptación del puesto de trabajo en el marco de la tutela preventiva, véase *Ibid.*, págs. 278-280 y MORENO SOLANA, A., "La extinción del contrato de los trabajadores declarados no aptos o aptos con limitaciones por el servicio médico de prevención", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 6, 2017, págs. 1-21 (versión electrónica).

24 Para un examen a propósito del papel de la Directiva 2000/78 y la posibilidad de exigir el cumplimiento de su artículo 5 como control previo a las extinciones de personas con discapacidad, véase GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., "La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo: Una visión internacional y europea de su configuración y eficacia como mecanismo de control a las extinciones de personas con discapacidad", *Trabajo y derecho*, núm. 6, Extra, 2017, págs. 1-27 (formato electrónico).

que se han abordado en el apartado anterior. Estas cuestiones son el conocimiento empresarial de que el trabajador es efectivamente una persona con discapacidad y la relación entre las medidas de ajuste tomadas al amparo del artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) y el artículo 40.2 de la LGDPCD.

3.1. *El conocimiento de la condición de persona con discapacidad en el trabajador por el empresario*

El respeto al principio de igualdad de las personas con discapacidad supone el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables por el empresario, deber este que cobra una especial importancia en el marco de las extinciones por ineptitud sobrevenida. Su trascendencia afecta de forma directa a la calificación judicial de la extinción, ya que el incumplimiento supondría una infracción del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad *ex* artículo 63 de la LGDPCD, y por lo tanto, la nulidad de la extinción por la ineptitud sobrevenida del trabajador.

Así las cosas, el conocimiento de la condición de persona con discapacidad se sitúa como una circunstancia esencial en la decisión empresarial de extinguir el contrato por ineptitud sobrevenida. Sin embargo, el artículo 52.a TRLET no integra ningún tipo de mecanismo que ayude a determinar cuándo nos encontramos ante una persona con discapacidad, y esta es uno de los grandes retos no resuelto por el legislador. El problema es especialmente complejo debido a la primera de las dos definiciones de persona con discapacidad, que si bien supone una apertura al modelo social de tratamiento de la discapacidad²⁵, supone la expansión de la protección a personas que no tienen reconocida administrativamente una discapacidad, exigiendo una valoración *ad casum* de la situación médica y contextual del trabajador con relación a su puesto de trabajo. Cuestión esta a la que debe añadirse otra dificultad, que es la conexión de la discapacidad con la salud del trabajador, y por lo tanto, el carácter sensible de esta circunstancia a la hora de comunicarla al empresario.

Todo ello obliga a plantearse si el empresario

ostenta la posibilidad de solicitar información sobre el estado de salud del trabajador a fin y efecto de valorar la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida y determinar si se halla obligado al cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables con carácter previo, evitando así la posible nulidad de las decisiones empresariales que afecten a este trabajador. Un examen normativo a nivel europeo y español deja patente el absoluto silencio de la Directiva 2000/78 y de la LGDPCD sobre esta cuestión, a lo que debe sumarse que la jurisprudencia del TJUE no haya abordado todavía esta discusión²⁶. Este hecho no supone *per se* la falta de adaptación del ordenamiento jurídico español a la CIDPD, ya que no contraviene ningún mandato de este tratado internacional. Sin embargo, sería necesario introducir a nivel procesal un procedimiento que ofrezca seguridad jurídica a los operadores, ya que la determinación de la existencia de una discapacidad puede afectar a decisiones empresariales, y por lo tanto, se constituye como una garantía que permitiría una mejor aplicación de la voluntad normativa de la CIDPD. En este sentido, convendría establecer un mecanismo administrativo o judicial que permitiera determinar si nos encontramos ante un trabajador con discapacidad al amparo del artículo 4.1 de la LGDPCD. Teniendo en cuenta las manifestaciones de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, sería preferible que este examen lo efectuase el órgano judicial territorialmente competente, pues ello facilitaría la resolución de una hipotética impugnación de una decisión empresarial extintiva, y a su vez, otorgaría las garantías necesarias en materia de privacidad respecto al tratamiento de la información médica del trabajador. Para ello, el examen judicial debería valorar las funciones del puesto de trabajo desempeñadas por el trabajador hasta el momento, la existencia de deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, su interacción en el ámbito profesional entendida como el desarrollo de las funciones esenciales del trabajo a fin de detectar las limitaciones que producen en el desempeño de la prestación de servicios, y el carácter previsiblemente permanente o de larga duración de las mismas que *deberá basarse en todos los elementos objetivos de que se dispongan, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa*

25 Así lo señalan GOÑI SEÍN, J.L.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, *op. cit.*, pág. 49; ESTEBAN LEGARRETA, R., "Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 127, 2014, pág. 69; DE ASIS ROIG, R., "Unas primeras reflexiones sobre la Ley general de derechos de las personas con discapacidad", *Papeles: el tiempo de los derechos*, 12, 2013, pág. 4.

26 Si bien las conclusiones de la Abogado General de 19 de octubre de 2017, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2017:788 abordan esta problemática en los párrafos 37 a 45, la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17 decidió no entrar sobre esta cuestión.

persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales²⁷.

No obstante, hasta que la modificación normativa se produzca, en su caso, existen algunas conclusiones que pueden ayudar a resolver esta cuestión de forma provisional.

Si tenemos en cuenta la naturaleza sensible de la información médica del trabajador, elemento clave para determinar si la patología puede ser considerada una discapacidad, la solicitud de información respecto de la discapacidad a iniciativa del empresario debería descartarse. Esta circunstancia otorga al deber empresarial una característica clave, a saber, su naturaleza reactiva, que exige que sea el propio trabajador el que comunique la necesidad de proceder a la adaptación del puesto de trabajo. Y será en ese momento en el que deberá acreditar que cumple los requisitos exigidos para ser considerado persona con discapacidad, o como mínimo indicios suficientes en esta dirección, al amparo del artículo 4 de la LGDPCD²⁸.

La no acreditación del trabajador de su condición de persona con discapacidad justificaría la exención al cumplimiento empresarial de la obligación de realizar ajustes razonables, que podría extenderse hasta que, en un plazo prudencial, se demostrase que la situación del trabajador es asimilable al concepto de persona con discapacidad. Tal exigencia es clave a efectos de la aplicación de la obligación de realizar ajustes razonables *ex* artículo 40.2 de la LGDPCD, pues si el empresario desconoce por completo la discapacidad, no puede exigírsele el cumplimiento de la obligación²⁹, y en consecuencia, la aplicación de los efectos a la decisión de extinguir el contrato por ineptitud sobrevenida del trabajador. En este punto, conviene precisar que la afectación de la discapacidad al desempeño de las tareas profesionales es una circunstancia que en algunas situaciones puede ser una cuestión visible o de fácil detección³⁰, y en estos casos, en los que la discapacidad es un hecho

notorio, no se requeriría una comunicación expresa por parte del trabajador para sostener la nulidad de la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida.

3.2. **La necesaria distinción entre las medidas de ajuste preventivas y antidiscriminatorias: El conflicto no resuelto entre los artículos 25 LPRL y 40.1 LGDPCD**

Como ya se ha constatado, la integración de la obligación de realizar ajustes razonables en el marco de las extinciones por ineptitud sobrevenida es una asignatura pendiente para lograr una adaptación normativa óptima del ordenamiento jurídico a la CIDPD. Sin embargo, la adopción de medidas de ajuste del puesto de trabajo no es una obligación que corresponda única y exclusivamente a la tutela antidiscriminatoria *ex* Directiva 2000/78, sino que también se halla prevista en el artículo 25 de la LPRL. Este precepto que se encarga de exigir la adopción de las medidas preventivas y de seguridad adecuadas con mención expresa a *aquellas personas que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial*, plantea una discusión no resuelta normativamente, que es la interacción entre la tutela preventiva y antidiscriminatoria, o en otras palabras, cómo afecta el cumplimiento de una obligación respecto a la otra.

Esta cuestión es especialmente relevante en el marco de la extinción por la ineptitud sobrevenida del trabajador, ya que en el contexto de la relación laboral puede haberse producido la adopción de medidas preventivas, que puedan dar lugar a cuestionar si realmente se ha producido el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables, y por lo tanto, cuestionar la posible calificación de nulidad de la decisión extintiva. Este debate no ha sido resuelto por los tribunales, ya que la decisión judicial de referencia dictada hasta el momento por el Tribunal Supremo no efectuó ningún tipo de manifestación a propósito de la interacción entre ambas tutelas³¹.

Como punto de partida, la obligación de realizar ajustes razonables está integrada en la Directiva 2000/78/CE, 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/CEE, cuyo foco de atención es la tutela preventiva en materia de salud y seguridad en el trabajo. Esta separación normativa evidencia que la voluntad del legislador fue la de diferenciar

27 Véase el apartado 57 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

28 Recuérdese que a efectos de interpretar el requisito "previsiblemente permanentes", *ex* artículo 4.1 de la LGDPCD, será necesario acudir a la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.

29 Las conclusiones de la Abogado General de 19 de octubre de 2017, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2017:788, apartado 36, han tenido ocasión de pronunciarse a propósito de esta cuestión. Concretamente, la Abogado General sostiene que el hecho de que la Directiva 2000/78/CE no imponga el deber de comunicar la discapacidad supone que "[...] si el empresario, de manera justificada, desconoce por completo la discapacidad del trabajador —no hay ningún indicio de que el trabajador tenga una discapacidad y éste no se lo ha comunicado al empresario—, no cabe esperar de él que proceda a realizar ajustes razonables".

30 Claros ejemplos serían aquellos supuestos de amputaciones de miembros o secuelas de carácter estético con afectaciones funcionales para el trabajo.

31 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (Rec. 160/2016).

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, circunstancia que impide valorar las actuaciones efectuadas con finalidad preventiva a la hora de valorar el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables y viceversa. De esta manera, no pueden ponderarse aquellas medidas llevadas a cabo en el marco de la obligación de realizar ajustes razonables para determinar la ejecución de adaptaciones por motivos de seguridad y salud. La razón que justifica esta tesis se fundamenta en las distintas finalidades que persiguen las adaptaciones, que en el caso preventivo obedecerán a evitar una puesta en peligro de la salud del trabajador, y en el supuesto del deber empresarial de realizar ajustes razonables tendrán por objetivo garantizar que el trabajador con discapacidad pueda acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y/o acceder a la formación, de conformidad con el artículo 40.1 de la LGDPCD.

Esta regla sólo debería admitir una excepción, y se producirá cuando pueda justificarse que una adaptación del puesto de trabajo tiene una doble finalidad, a saber preventiva –en tanto que se toma como medida de protección de la salud del trabajador y para evitar riesgos derivados del trabajo– y antidiscriminatoria –toda vez que la medida en cuestión persigue acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, de conformidad con el artículo 40.1 de la LGDPCD–. De esta manera, la justificación de que la concreta adaptación contribuye a ambas tutelas permitirá la valoración de su impacto indistintamente en cualquiera de estos dos ámbitos de protección.

Por todo ello, sería recomendable que el legislador o los tribunales clarificasen cómo interactúan ambas medidas de ajuste, cuya ejecución puede coincidir en el mismo puesto de trabajo, y especialmente desde la óptica de la obligación de realizar ajustes razonables, que actúa como control previo en las extinciones por ineptitud sobrevenida del trabajador, y que permite evitar su cumplimiento si se aprecia la existencia de carga excesiva. Es precisamente con relación a este último concepto que esta discusión cobra sentido, ya que la coincidencia de una finalidad preventiva y antidiscriminatoria en la realización de un ajuste permitiría alegar por el empresario la existencia de carga excesiva en relación al cumplimiento de la obligación de

realizar ajustes razonables, y por lo tanto, evitar el despliegue de efectos sobre la extinción por ineptitud sobrevenida derivado del incumplimiento del mencionado deber empresarial –entre los que se incluye la nulidad de la decisión extintiva–. De esta manera, se lograría delimitar el ámbito de exigencia de la obligación de realizar ajustes razonables, que es la medida estrella de la CIDPD, garantizando una aplicación adecuada de este instrumento internacional.

4. Valoración final

El papel de la CIDPD en la proclamación efectiva de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad ha sido muy destacado, pero la adaptación de la normativa española a su novedoso planteamiento –modelo social de tratamiento de la discapacidad– aún no ha sido efectuada completamente. Ante un escenario en el que el concepto discapacidad se halla en plena expansión, el impacto de este instrumento internacional es especialmente notorio por sus efectos inclusivos y de mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad. Sin embargo, la configuración de la extinción del contrato de trabajo derivada de la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa (art. 52.a del TRLET) no contribuye a la vocación inclusiva que propugna la CIDPD. Esta causa extintiva parte de un concepto (ineptitud) contrario a los objetivos de la CIDPD, planteando una situación de trato discriminatorio indirecto hacia aquellos trabajadores con discapacidad, que se ven especialmente expuestos a la expulsión del mercado de trabajo como consecuencia de su discapacidad, pretensión esta contraria al artículo 27 de la CIDPD. Concretamente, los aspectos del artículo 52.a del TRLET que mayores discordancias presentan son el binomio ineptitud/discapacidad y la integración de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo.

Respecto a la primera cuestión, sería conveniente reformular el concepto “ineptitud”, definiendo su significado, e incluyendo a tal efecto una subclasificación partiendo del origen de la ineptitud. En este sentido, sería recomendable diseñar un régimen jurídico distinto en función de la causa que da lugar a esta situación, y en el caso particular de las ineptitudes derivadas de las alteraciones de la salud, convendría la plasmación de un procedimiento específico con garantías que permita dilucidar si el origen de la ineptitud puede ser considerada asimismo una discapacidad *ex artículo*

4 de la LGDPCD. A tal efecto, los criterios que se plasman en la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917 y las conclusiones que emitió el Abogado General el 26 de mayo de 2016, EU:C:2016:371 podrían ser un buen marco de referencia para determinar si la ineptitud del trabajador también podría encajar en el concepto de discapacidad del trabajador/a en cuestión.

En cuanto al segundo aspecto, una correcta adaptación del artículo 52.a del TRLET a la CIDPD exigiría la integración de la obligación de realizar ajustes razonables en esta modalidad extintiva como control previo que modulase el elevado riesgo de exposición de las personas con discapacidad a esta modalidad extintiva. El mantenimiento del empleo de este colectivo es una de las prioridades de la CIDPD, y un planteamiento coherente con esta finalidad exigiría modificar la actual configuración del artículo 52.a del TRLET, que no procura la creación de un mercado de trabajo inclusivo y accesible dado que transforma la discapacidad en la causa que permite al empresario extinguir el contrato de trabajo. De forma particular, debería reformularse el mencionado precepto exigiendo al empresario demostrar que ha procedido a intentar el cumplimiento de la ya citada obligación, so pena de declararse nula por discriminatoria la extinción efectuada, todo ello al amparo del artículo 63 de la LGDPCD.

Paralelamente, una correcta adaptación del marco jurídico español a la CIDPD requeriría ofrecer soluciones a dos problemas aplicativos del artículo 52.a del TRLET: el conocimiento empresarial de la discapacidad y la relación entre las medidas de ajuste tomadas al amparo del artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) y el artículo 40.2 de la LGDPCD. Con relación a la primera de ellas, el artículo 52.a TRLET no integra ningún tipo de mecanismo que ayude a determinar cuándo nos encontramos ante una persona con discapacidad, y esta es uno de los grandes retos no resuelto por el legislador. La creación de un mecanismo adminis-

trativo o judicial que permitiera determinar por el órgano judicial territorialmente competente para examinar la extinción por ineptitud sobrevenida si nos encontramos ante un trabajador con discapacidad al amparo del artículo 4.1 de la LGDPCD sería la solución ideal. No obstante, ante la poco probable modificación normativa, esta cuestión podría ser resuelta exigiendo la comunicación de la existencia de discapacidad al trabajador, salvo que aquella sea notoria, en cuyo caso estaría excluido de comunicarlo al empresario a efectos de lograr la nulidad de la decisión extintiva efectuada al amparo del artículo 52.a del TRLET.

Por último, convendría clarificar cómo interactúan las medidas de ajuste preventivas (art. 25.1 de la LPRL) y antidiscriminatorias (art. 40.1 de la LGDPCD). El alcance que una medida de ajuste preventiva puede tener sobre el deber empresarial de realizar ajustes razonables es una cuestión que requiere una respuesta, debido a las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. En particular, sería aconsejable clarificar normativamente que nos encontramos ante dos mandatos que operan en esferas de protección distintas, circunstancia esta que impide valorar las actuaciones efectuadas con finalidad preventiva en el marco de la determinación del cumplimiento del mencionado deber empresarial y la existencia de carga excesiva. La única excepción que admitiría esta regla se produciría cuando el empresario pudiera justificar que la adaptación del puesto de trabajo ostenta una doble finalidad, a saber preventiva –en tanto que se toma como medida de protección de la salud del trabajador y para evitar riesgos derivados del trabajo– y antidiscriminatoria –toda vez que la medida en cuestión persigue acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, de conformidad con el artículo 40.1 de la LGDPCD–. De esta manera, la justificación de que la concreta adaptación contribuye a ambas tutelas permitirá la valoración de su impacto indistintamente en cualquiera de estos dos ámbitos de protección.

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE LOS TRABAJOS

Derecho de las Relaciones Laborales es una publicación orientada a la investigación jurídico laboral dirigida a los profesionales de las relaciones laborales.

Derecho de las Relaciones Laborales agradece la remisión de artículos para su publicación y solicita de sus autores que consideren las siguientes condiciones y criterios:

- 1.** Los trabajos publicados en Derecho de las Relaciones Laborales deberán ser inéditos en su forma actual. El incumplimiento por el autor de esta condición libera a la Editorial de cualquier compromiso adquirido respecto a la publicación del trabajo.
- 2.** Los trabajos deben enviarse a redaccion@lefebvreelderecho.com. Y ajustarse a los parámetros que se indican a continuación:
 - Su extensión no debe superar los 35.000 caracteres Word sin espacios (notas incluidas) y debe constar de título, sumario, breve resumen –no superior a 10 líneas– y selección de palabras claves. Todo ello en castellano e inglés. Las notas se situarán preferentemente al pie de página.
 - El autor debe estar identificado con nombre y apellidos, condición profesional y universidad o institución a la que pertenezca.
 - Para las citas de jurisprudencia se utilizarán preferentemente las referencias de la Editorial Lefebvre-El Derecho. En su defecto, se citarán con los siguientes datos para asegurar su localización: Tribunal, sede, fecha de la resolución y número de recurso o ECLI.
 - Para las citas de bibliografía se recomienda el uso de la metodología APA.
- 3.** Los originales se someterán al momento de su recepción a dos lecturas externas sin indicación del nombre del autor al que se comunicará la fecha en la cual recibirá una respuesta sobre una eventual publicación. El autor se compromete durante este periodo a no publicar su trabajo en ninguna otra revista, salvo autorización expresa de la Editorial.
- 4.** El autor consiente la publicación de su trabajo en Derecho de las Relaciones Laborales y autoriza a la Editorial Lefebvre-El Derecho a su inclusión en cualquier soporte informático o sistema on line en el que se recojan los contenidos de la revista.