

El conocimiento de la discapacidad en las relaciones laborales

DAVID GUTIÉRREZ COLOMINAS

Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Autónoma de Barcelona

david.gutierrez@uab.cat

SUMARIO: 1.- Introducción; 2.- El marco normativo de referencia para el empleo de las personas con discapacidad; 3.- El conocimiento de la discapacidad en el marco de las relaciones laborales

1.- Introducción

El tratamiento igualitario de las diferencias y circunstancias propias derivadas de la diversidad humana ha sido una cuestión de amplio alcance a nivel jurídico. La necesidad de que el ordenamiento jurídico garantice la formulación y aplicación de las normas a todas las personas por igual ha sido, y sigue siendo, una preocupación para la doctrina científica. Desde una perspectiva constitucional, la igualdad entre personas aparece como valor superior en el artículo 1 de la Constitución Española (en adelante, CE), y se refleja explícitamente en distintos preceptos, tal y como ha señalado la doctrina¹. Sin embargo, el artículo 14 de la CE se encarga de constitucionalizar este valor como derecho, y no como principio², y constata además una serie de motivos o razones concretas de discriminación prohibidas, entre las que se incluye la discapacidad. La construcción normativa del citado artículo contempla dos partes claramente diferenciadas, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional³, a saber, una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley y la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Con carácter general, el artículo 14 de la CE exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, deba existir una justificación suficiente de tal diferencia⁴. Ello implica una obligación especialmente intensa hacia los poderes públicos, que limita la

¹ Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley», en *Comentarios a la Constitución Española*, vol. Tomo I, Wolters Kluwer, Madrid, 2018., pág. 334, que cita como exponentes a los artículos 23.2, 31, 32, 39.2, 68.1, 69.2, 130.1, 149.1.1 de la Constitución Española.

² Véase el fundamento jurídico cuarto de la STC núm. 200/2001, de 4 de octubre, que define el contenido del artículo 14 CE como un “[...] *derecho subjetivo de los ciudadanos* [...]”.

³ Véase los apartados a y b del fundamento jurídico cuarto de la STC núm. 200/2001.

⁴ *Ibid.*

arbitrariedad en sus actuaciones, pero que ha de valorarse en cada caso, teniendo en cuenta el régimen jurídico sustantivo del ámbito de relaciones en que se proyecte⁵. Así, se prohíben aquellas desigualdades que carezcan de razones objetivas o motivos razonables, citando expresamente algunas circunstancias históricamente muy arraigadas⁶, siendo necesario que, además de justificar la objetividad de la diferencia de trato, se realice un juicio de proporcionalidad que implica el examen de la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida⁷. La interpretación del artículo 14 de la CE ha pasado por diversos estadios, y se aprecia una clara evolución⁸, que ha transitado desde una visión formalista de la igualdad ante la ley⁹, hasta una configuración mucho más profunda, referida al contenido de la ley, materializada a través del uso de la expresión “en la ley”¹⁰. En este contexto, la protección frente a la discriminación por motivos de discapacidad ha ganado interés como consecuencia de la progresiva atención que le ha prestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en los últimos años¹¹,

⁵ Véase la STC núm. 209/1988, de 10 de noviembre.

⁶ En este sentido, véase el fundamento jurídico quinto de la STC núm. 128/1987, de 16 de julio; el fundamento jurídico segundo de la STC 166/1988, de 26 de septiembre y el fundamento jurídico segundo de la STC 145/1991, de 1 de julio.

⁷ Sobre esta cuestión, véase la STC núm. 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; STC núm. 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; STC núm. 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; STC núm. 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; STC núm. 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; STC núm. 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; STC núm. 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; STC núm. 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; STC núm. 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; STC núm. 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, todas ellas citadas en la STC núm. 200/2001, de 4 de octubre.

⁸ Vid. OLLERO TASSARA, A., «La igualdad en la aplicación de la Ley en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Estudios de Derecho Judicial*, 87, 2006., pág. 229-260, que ha denominado a este fenómeno *la superación del paleopositivismo legalista*.

⁹ Vid. PÉREZ DEL RIO, T., «Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario», *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, 13, 2005., pág. 38.

¹⁰ Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley», *cit.op. cit* pág. 337. Un exponente interesante de esta manifestación puede hallarse en la STC 201/1991, de 28 de octubre, en la que se declara contrario al artículo 14 CE una actuación judicial del Tribunal Central de Trabajo consistente en modificar injustificadamente, a través de una de sus sentencias, el criterio interpretativo establecido en sentencias anteriores del mismo tribunal, dictadas sobre supuestos idénticos. En dicha sentencia se discutía si el complemento por jubilación anticipada, percibido en cumplimiento de Acuerdos sobre Saneamiento y Reconversión del Sector Siderúrgico Integral, merece o no la consideración de «pensión pública», a los efectos de aplicación del límite máximo de las pensiones de jubilación reglamentaria establecido por la norma legal.

¹¹ Concretamente, las sentencias que se han dictado hasta la fecha han sido: STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05; STJUE de 6 de diciembre de 2012, Odar, C-152/11; STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11; STJUE de 4 de julio de 2013, Comisión/Italia, C-312/11, ECLI:EU:C:2013:446; STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12; la STJUE de 22 de mayo de 2014, Glatzel, C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350; STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13; STJUE de 26 de marzo de 2015, Fenoll, C-316/13; STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15; STJUE de 18 de enero de 2018, Ruíz Conejero, C-270/16; STJUE de 9 de marzo de 2017, Milkova, C-406/15; STJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plàstiques, C-397/18; STJUE de 26 de enero de 2021, VL, C-16/19, ECLI:EU:C:2021:64 y STJUE de 15 de julio de 2021, Tartu Vangla, C-795/19.

asumiendo España un notable protagonismo¹². En particular, el órgano judicial europeo ha expandido el concepto de persona con discapacidad, y por lo tanto los supuestos en los que pueden producirse situaciones de discriminación y/o deben practicarse actuaciones, integrando el denominado modelo social de tratamiento en su doctrina. El punto de inflexión se originó con la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/1, ECLI:EU:C:2013:222, que abrió la posibilidad de asimilar una enfermedad curable o incurable a la discapacidad, a efectos de aplicación 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 Dir. 2000/78/CE), si bien, los siguientes pronunciamientos judiciales han expandido la protección a nuevas situaciones como por ejemplo la obesidad (STJUE de 22 de mayo de 2014, Glatzel, C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350 y STJUE de 18 de enero de 2018, Ruíz Conejero, C-270/16, ECLI:EU:C:2018:17). De forma más actual, también se han abordado temáticas estrechamente vinculadas al concepto de persona con discapacidad, tales como el requisito de larga duración exigido para la existencia de una discapacidad (STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917), la delimitación de conceptos nacionales cercanos a la discapacidad (STJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques, C-397/18, ECLI:EU:C:2019:703), o la aplicación de la protección por discapacidad a grupos homogéneos que comparten la existencia de una o varias circunstancias protegidas por la Dir. 2000/78/CE (STJUE de 26 de enero de 2021, VL, C-16/19, ECLI:EU:C:2021:64).

Ante este escenario, en el que confluyen los avances en la implementación efectiva del principio de igualdad y la expansión de la protección frente a la discriminación por razón de discapacidad, este capítulo de libro pretende examinar el conocimiento de la discapacidad en el marco de las relaciones laborales como reto dentro del tratamiento de esta causa de discriminación. Y para ello, será objeto de atención el marco jurídico internacional, europeo y nacional de protección frente a esta causa de discriminación y los distintos aspectos que mayores interrogantes plantean en la actualidad en la gestión del conocimiento de la discapacidad en el marco de las relaciones laborales.

2.- El marco normativo de referencia para el empleo de las personas con discapacidad

¹² Los órganos judiciales españoles han planteado un total de 4 cuestiones prejudiciales, que derivaron en las siguientes sentencias: STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456; STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917; STJUE de 18 de enero de 2018, Ruíz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17; STJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques, C-397/18, EU:C:2019:703.

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 discapacidad¹³. 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 traslación a un plano normativo de esta forma de enfocar la discapacidad se materializó en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CIDPD), adoptada el 13 de Diciembre de 2006 por la Organización de Naciones Unidas, si bien también destaca 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/CE) como consecuencia de las sucesivas y reiteradas sentencias que ha dictado el TJUE¹⁴, y a nivel español, 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) y la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante, Ley 15/2022).

La primera de ellas, la CIDPD, fue el primer instrumento internacional de carácter vinculante que abordó la discapacidad como una cuestión de derechos, redirigiendo la estructura normativa de principios y metas¹⁵, e implementando la óptica americana de tratamiento de la discapacidad¹⁶.

¹³ 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*, "Modelsof Disablement, Universalism and the International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps", *Social Science & Medicine*, núm. 48, 1999, pág. 1173-1187.

¹⁴ Véase la cita número 11.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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*

La premisa de la que parte esta norma es el fomento de la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida económica, social, cultural y política, y los cincuenta artículos que la componen son tributarios de esta pretensión. 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) por mencionar alguno de ellos¹⁷. La piedra angular que convierte a la CIDPD 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*¹⁸, 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 CIDPD 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.*”

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.

¹⁷ 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

¹⁸ 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.

A partir de ahí, las referencias a la institución en los distintos ámbitos son patentes a lo largo de todo el texto¹⁹. Hasta la fecha, la presencia de esta medida era más bien tímida²⁰, pero la irrupción del modelo social como paradigma de tratamiento de la discapacidad ha cambiado esta tendencia a nivel normativo. Así, los Estados parte consagraron los ajustes razonables como un instrumento universal sobre el que pivota el ejercicio de todos los derechos.

El alcance de esta obligación es especialmente significativo en la instrumentación del derecho al trabajo. El artículo 27 de la CIDPD introduce como mecanismo de igualdad de oportunidades en el empleo una novedad significativa: la realización de ajustes razonables en el lugar de trabajo²¹. 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 CIDPD opta por ofrecer una definición general de la institución no contextualizada en el ámbito laboral²². 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/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, Directiva 2000/78/CE), sí que se pronuncia, y sobre el que, probablemente, no existió un consenso generalizado de su significado. Ahora bien, la CIDPD evidencia una especial preocupación por el mantenimiento y a la salvaguarda del derecho al trabajo incluso en aquellos supuestos en los que la discapacidad se origina o detecta durante la

¹⁹ Así, por ejemplo, el artículo 14 de la CIDPD incluye la realización de ajustes razonables en el ámbito penitenciario y el artículo 24 de la CIDPD incluye asimismo dicha obligación en el ámbito educativo.

²⁰ 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.

²¹ *Vid.* Artículo 27.i de la Convención.

²² El artículo 2 de la CIDPD define como ajuste razonable “*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.*”

relación laboral. La *voluntas legislatoris* puesta por la normalización²³, e instrumenta como protección para el mantenimiento del empleo diversas medidas, entre las que se incluye *velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo*²⁴. De hecho, la tutela que ofrece la Convención incluye de forma expresa a aquellos trabajadores que, durante la relación de trabajo adquieren una discapacidad. Esta precisión, si bien parece menor, ostenta una importancia indiscutible, pues reconoce la posibilidad de aplicarle a un trabajador las medidas de protección del derecho al trabajo en el momento en el que adquiera la consideración de persona con discapacidad. A efectos prácticos, esta inclusión establece un mandato indirecto de protección contra el despido del trabajador por ineptitud sobrevenida, dado que extiende, como ya se ha señalado anteriormente, la protección conferida a las personas con discapacidad.

En un plano europeo, la Directiva 2000/78 es la norma de referencia, no tanto por su contenido, sino por la interpretación que de la misma ha realizado el TJUE a lo largo de los últimos años. Si bien la citada norma europea integra casi todas las causas de discriminación ya previstas en el artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada Ámsterdam)²⁵, entre las que se incluye la discapacidad, la misma brilla especialmente por incluir 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 tribunales²⁶. En este sentido, la norma asume un enfoque que presta atención a la prevención y la eliminación de obstáculos e introduce la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo.

²³ 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.

²⁴ Vid. Artículo 27.1.i de la Convención.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

El artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE conceptualiza esta medida antidiscriminatoria, que no medida de acción positiva²⁷, 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 profesionalmente²⁸. 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 Miembro²⁹.

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 formal³⁰. Se trata, pues, de una obligación empresarial autónoma, con entidad propia, incardinada dentro de la tutela antidiscriminatoria. Todo ello, pese a que presenta algunas limitaciones derivadas de la inexistencia de definición del concepto discapacidad y la expresión “por motivos de discapacidad” y la omisión a la ausencia de realizar ajustes razonables como comportamiento discriminatorio, que no serán examinadas en este capítulo de libro por razones de espacio.

Por último, un vistazo al enfoque nacional sobre la protección de la discriminación por razón de discapacidad permite afirmar que España ha contemplado una protección

²⁷ La confusión de los ajustes razonables como medida de acción positiva se ha producido, tal y como señala WADDINGTON, L. & BELL, M., “Exploring the Boundaries of Positive Action under EU: A Search for Conceptual Clarity”, *Common Market Law Review*, núm. 48, 2011, pág. 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.

²⁸ 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.

²⁹ 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.

³⁰ *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).

ciertamente constante y progresiva de las personas con discapacidad en el empleo, inaugurada por la inclusión del artículo 49 de la Constitución Española (en adelante, CE). Tal precepto abrió una nueva etapa histórica en el ordenamiento jurídico español, en la que se expandió la igualdad sustancial a las personas con discapacidad y se convirtió en *una imposición específica del principio constitucional de igualdad que se ha venido articulando a través de un catálogo muy amplio y variado de medidas de fomento y estímulo*³¹, todo ello pese a los problemas de eficacia que presenta como consecuencia de su exclusión del Capítulo II, y por ende, de las garantías del artículo 53 de la CE.

Actualmente, la norma de referencia es la LGDPCD, que se ha encargado de aportar unidad en la dispersión normativa que había existido hasta el momento, manteniendo la orientación normalizadora introducida de conformidad con la voluntad de la CIDPD. La vocación transversal y el esquema normativo basado en derechos son dos de sus principales características, y se encarga de regular de manera coherente y unitaria ámbitos de actuación tan diversos como la autonomía de las personas con discapacidad, el derecho a la protección a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la vida independiente o el derecho de participación en asuntos públicos, entre otros. Desde la óptica del empleo, encontramos que el capítulo VI del título I contempla, bajo la denominación “Derecho al trabajo”, distintos mecanismos jurídicos de acceso y mantenimiento del citado derecho. En particular, se incluyen tres tipos de modalidades de empleo: a) empleo ordinario (arts. 40 a 42); b) empleo protegido (art. 43 a 46); y c) empleo autónomo (art. 47). Dentro de la primera categoría, encontramos tres medidas concretas para garantizar el empleo de las personas con discapacidad, a saber, la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo, el empleo con apoyo y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, que serán examinadas detalladamente en los siguientes apartados de este artículo.

En este punto, mención expresa merece la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante, Ley 15/2022). El ámbito subjetivo de aplicación incluye referencias a la discapacidad como circunstancia de no discriminación (art. 2), entre otras³², e incluye la instrumentación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados ámbitos de la vida política,

³¹ Vid. RUIZ CASTILLO, M. M., *Igualdad y no discriminación: la proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Bomarzo, Albacete, 2010, pág. 85.

³² El artículo 2.1 contempla como causas de no discriminación las siguientes situaciones: nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

económica, cultural y social, como consecuencia lógica de ser el desarrollo legal del artículo 14 CE. En el ámbito del derecho del trabajo, destacan los artículos 9 a 11, que se encargan de modelar el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena (art. 9), negociación colectiva (art. 10) y en el trabajo por cuenta propia (art. 11). De todos ellos, el más relevante a los efectos del presente estudio es la construcción del artículo 9, que impide que puedan establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley en prácticamente los distintos estadios y circunstancias de las relaciones laborales³³, y señala de manera específica la imposibilidad de la persona empleadora de preguntar sobre las condiciones de salud de la persona candidata al puesto. Si bien la doctrina se ha encargado de señalar los novedosos conceptos que se incluyen en esta norma³⁴, una de las novedades que ha supuesto un mayor impacto ha sido la reformulación del concepto de discriminación por enfermedad³⁵, que hasta el momento había sido protegida por el TJUE a través de la asimilación a la discapacidad³⁶, y que en la actualidad plantea un debate interesante sobre la calificación de nulidad en el marco de los despidos y extinciones de personas enfermas³⁷.

³³ En particular, el citado precepto señala como situaciones el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.

³⁴ Vid. CAMAS RODA, F., «Cuestiones de interés para las empresas en la ley integral de igualdad de trato y no discriminación (con atención especial de orientación o identidad sexual y expresión de género)», en *El mantenimiento y continuidad de la empresa y de su actividad desde la perspectiva legal y fiscal*, Aranzadi, Navarra, págs. 731-757 y BLAZQUEZ AGUDO, E.M.; PEREZ DEL PRADO, D., «La Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación un gran paso de final incierto», *FEMERIS: Revista multidisciplinar de estudios de género*, vol. 3, 7, pág. 4-5.

³⁵ Vid. AGUSTI MARAGALL, J., «La nueva Ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía», *Revista Jueces para la Democracia*, 235, 2022, págs. 5-20.

³⁶ Vid. STJUE de 11 de abril de 2013, C-335/11, HK Danmark. ECLI:EU:C:2013:222.

³⁷ Véase, en particular, AGUSTI MARAGALL, J., «La nueva Ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía», op. cit., págs. 18-22, ASQUERINO LAMPARERO, M.J., «La enfermedad como causa de discriminación tras la Ley Integral para la Igualdad de trato y la no discriminación», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 165, 2022, págs. 171-178, que efectúa un análisis de los argumentos a favor y en contra de la declaración de nulidad, concluyendo que “[...] si lo que se pretende es amparar la situación del trabajador enfermo, entendemos que debería rescatarse la previsión normativa anterior sobre la nulidad automática del despido, pero no tutelarla a través de la vía de la afectación al derecho a no ser discriminado” y TERRADILLOS ORNAECHEA, E., «Enfermedad y discapacidad: Dos posibles causas discriminatorias que protege la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», en *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022*, Cinca, Madrid, 2022, pág. 273, que coinciden con lo apuntado previamente por ESTEBAN LEGARRETA, R., «El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 6, 2017..

Por último, y desde una óptica judicial, la implementación legal progresiva, e incluso prematura, respecto a la CIDPD, no ha sido correspondida por los tribunales españoles, a pesar de que España ha sido el país de la Unión Europea que más cuestiones prejudiciales ha formulado sobre la discriminación por razón de discapacidad³⁸. Si bien es cierto que han existido pronunciamientos judiciales muy destacables³⁹, como por ejemplo, la reciente STC núm. 51/2021 de 15 de marzo⁴⁰, o la STS de 22 de febrero de 2018 (Rec. 160/2016)⁴¹, que clarifican la interpretación de la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables, lo cierto es que aún existen dificultades para abordar el concepto de persona con discapacidad previsto en el artículo 4 de la LGDPCD, especialmente con relación al apartado primero⁴², que no exige reconocimiento administrativo expreso para que opere la protección antidiscriminatoria, ya que el segundo fue declarado *ultra vires* por la STS de 29 de noviembre de 2018 (Rec. 3382/2016)⁴³.

³⁸ Los órganos judiciales españoles han planteado un total de 5 cuestiones prejudiciales, que derivaron en las siguientes 4 sentencias: STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456; STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917; STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17; STJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques, C-397/18, EU:C:2019:703. Una de ellas, relacionada con la compatibilidad de la extinción por incapacidad permanente ex art. 49.1.e TRLET, cuyo número de asunto es C-631/22, y que aún no se halla resuelta.

³⁹ Véase la STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 13 de abril de 2021 (Rec. 160/2020), las STSJ's del País Vasco (Sala de lo Social) de 19 de diciembre de 2017 y de 29 de septiembre de 2017 (Recs. 2345/17 y 1734/17, respectivamente), entre otras.

⁴⁰ Para un estudio en profundidad sobre esta sentencia, véase ESTEBAN LEGARRETA, R., «Discapacidad psíquica “menor”, medidas disciplinarias en el marco de una relación de empleo, discriminación y ajustes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 2021 (STC 51/2021)», *Iuslabor*, 2, 2021.

⁴¹ Para un estudio en profundidad sobre este pronunciamiento judicial, véase 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*, 5, 2018., págs. 525-530; ITURRI GÁRATE, J.C., «Despido por ineptitud sobrevenida. Discapacidad. Medidas de ajuste razonable.: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (recurso 160/2016)», *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 188, 2018., págs. 41-54.

⁴² La cuestión que presenta mayor disparidad de opiniones es la interpretación del concepto “larga duración”, abordada en la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, y cuyas líneas interpretativas plantean dudas a propósito de cuánto tiempo debe transcurrir para considerar una situación de incapacidad temporal como discapacidad.

⁴³ Para un estudio exhaustivo sobre este pronunciamiento judicial, véase CABRA DE LUNA, M.A., «Asimilación de las situaciones legales de Seguridad Social de incapacidad permanente al reconocimiento de la discapacidad: sentencias 993/2018 y 992/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y su efecto», *Anales de derecho y discapacidad*, 4, 2019., págs. 227-239; GARCÍA SABATER, A., «El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 221, 2019., págs. 171-188; GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., «¿Es automática la asimilación entre la pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y la existencia de una discapacidad igual o superior al 33%?: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 992/2018, de 29 de noviembre», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 436, 2019., págs. 119-126; ITURRI GÁRATE, J.C., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018 (recurso 3382/2016).: “Nadie es normal, la normalidad es un valor

3.- El conocimiento de la discapacidad en el marco de las relaciones laborales

El ejercicio de los derechos reconocidos en el marco legal de la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad presenta un desafío de gran calado para la gestión diaria de las relaciones laborales. En efecto, la discapacidad es una circunstancia que afecta a la esfera de la salud del trabajador, y, por lo tanto, se inscribe en el ámbito de su privacidad. Ahora bien, en algunas ocasiones puede no ser detectada a primera vista, y ello presenta una dificultad para garantizar la protección frente a situaciones discriminatorias por razón de discapacidad que confiere tanto la Directiva 2000/78/CE como la LGDPCD, y que pivota de manera central sobre el cumplimiento de las adaptaciones necesarias para el desempeño y mantenimiento del trabajo de la persona trabajadora.

En este sentido, la obligación de realizar ajustes razonables sólo es aplicable a aquellos trabajadores o futuros trabajadores que sean reconocibles como personas con discapacidad al amparo del artículo 4.1 de la LGDPCD. Tal hecho exige considerar si la empresa debe conocer la discapacidad para que se halle obligado al cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. O, en otras palabras, si el empresario puede solicitar información del estado de salud del trabajador, a fin y efecto de detectar si está obligado al cumplimiento del deber empresarial de realizar ajustes razonables, y evitar así la posible nulidad de las decisiones empresariales que afecten a este trabajador.

Un primer examen normativo, tanto nivel europeo como español, permite observar que existe un silencio normativo absoluto sobre esta cuestión, circunstancia esta muy típica desde una perspectiva comparada⁴⁴. En efecto, la Directiva 2000/78/CE y el artículo 40.2 de la LGDPCD se encargan de identificar que deberán adoptarse los ajustes razonables necesarios para permitir que las personas con discapacidad puedan integrarse laboralmente, pero no detallan en qué momento debe acreditarse dicha condición.

Si tenemos en cuenta la naturaleza sensible de la información médica del trabajador, elemento clave para determinar si la patología puede ser considerada una discapacidad, la solicitud de información respecto de la discapacidad a iniciativa del

estadístico"», *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, vol. 196, 2019., págs. 15-25.

⁴⁴ Así, países como Estados Unidos o Canadá, que son considerados como referentes en la protección de los trabajadores con discapacidad no han legislado sobre esta cuestión. Reino Unido ha sido, junto con Holanda, Letonia e Irlanda, uno de los pocos países que ha regulado esta cuestión.

Para un examen más detallado sobre esta problemática en Holanda, Letonia e Irlanda, véase SCHIEK, D. *ET AL, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, *op. cit.*, págs. 711-714 y 716-718.

empresario debería descartarse. Así lo ratifica, de hecho, el artículo 9.5 de la Ley 15/2022, que señala, en un contexto más general pero igualmente aplicable, que el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto. 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, tesis esta que debe sumarse al deber de buena fe que se deriva del artículo 5.a del 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).⁴⁵ 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 LGDPCD⁴⁶. La no acreditación del trabajador de su condición de persona con discapacidad justificaría el no cumplimiento empresarial de la obligación de realizar ajustes razonables, que podría extenderse hasta que, en un plazo prudencial, se demostrase que la situación del trabajador es asimilable al concepto de persona con discapacidad.

Tal exigencia es clave a efectos de la aplicación de la obligación de realizar ajustes razonables ex artículo 40.2 de la LGDPCD, pues si el empresario desconoce por completo la discapacidad, no puede exigírsele el cumplimiento de la obligación⁴⁷. No obstante, la discapacidad en algunas situaciones puede ser una cuestión visible o de fácil detección con relación al puesto de trabajo⁴⁸, y en tales circunstancias, el empresario estará obligado a adoptar las medidas que permitan a la persona trabajadora continuar la prestación de servicios, sin que se requiera una comunicación expresa por parte del trabajador.

⁴⁵ Tal y como señala TOSCANI GIMENEZ, D., “Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 3, 2009, pág. 10, la comunicación de circunstancias personales al empresario que afectan al desarrollo de la prestación no existe como deber propiamente dicho, pero puede reconducirse al genérico deber de buena fe contractual.

Para un estudio en general sobre esta cuestión, véase BARREIRO GONZÁLEZ, G., *Diligencia y negligencia en el cumplimiento: estudio sobre la prestación de trabajo debida por el trabajador*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Las conclusiones de la Abogada 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 Abogada 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”.

⁴⁸ Claros ejemplos serían aquellos supuestos de amputaciones de miembros o secuelas de carácter estético con afectaciones funcionales para el trabajo.

Este razonamiento nos lleva a afirmar que la obligación de realizar ajustes razonables está condicionada a que el empresario tenga conocimiento de la discapacidad del trabajador, ya sea por la expresa comunicación del trabajador o por la detección visual o funcional derivada del rendimiento en el marco de la relación laboral. Nótese que no se afirma que nos encontremos ante un deber legal de comunicar la situación de salud al empresario en todo caso, sino sólo en aquellos supuestos en los que el trabajador solicite el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. Dicha exigencia debe entenderse como una manifestación del deber de buena fe contractual ex artículo 5.a del TRLET, pues la instrumentación de las medidas adecuadas puede suponer la introducción de cambios de cierta entidad en la organización y desarrollo de la actividad empresarial. Y a su vez, como una condición indispensable para el respeto empresarial al principio de igualdad de trato de las personas con discapacidad, atendiendo a la naturaleza inherente de los datos necesarios para determinar si el trabajador puede ser calificado como persona con discapacidad⁴⁹.

Como puede observarse, el silencio normativo genera una enorme inseguridad jurídica. En este punto, conviene llamar la atención de la necesidad de introducir a nivel procesal un procedimiento que ofrezca seguridad jurídica a los operadores en el marco del cumplimiento de esta obligación. Respecto a esta cuestión, y dada la naturaleza de los datos médicos del trabajador, sería recomendable establecer un mecanismo administrativo o judicial que permitiera determinar si nos encontramos ante una persona trabajadora con discapacidad al amparo del artículo 4.1 de la LGDPCD, a los únicos efectos del cumplimiento de la obligación objeto de estudio. Teniendo en cuenta las manifestaciones de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, sería preferible que este examen lo efectuase el órgano judicial territorialmente competente, pues ello facilitaría la resolución de una hipotética impugnación de una decisión empresarial extintiva, y a su vez, otorgaría las garantías necesarias en materia de privacidad respecto al tratamiento de la información médica del trabajador. Para ello, el examen judicial debería valorar las funciones del puesto de

⁴⁹ Especialmente, respecto al carácter de “larga duración” de la patología, que requerirá un diagnóstico médico que valore la entidad de las limitaciones y la duración, pues una de las características esenciales inherentes a la exigencia de adaptar el puesto de trabajo es el carácter duradero de las patologías. Así lo indicó la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, apartado 45, que sostiene: “*El decimosexto considerando de la Directiva 2000/78/CE establece que «la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad». La importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizado durante un largo período. Por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de «discapacidad», se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración».*”

trabajo desempeñadas por el trabajador hasta el momento, la existencia de deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, su interacción en el ámbito profesional entendida como el desarrollo de las funciones esenciales del trabajo a fin de detectar las limitaciones que producen en el desempeño de la prestación de servicios, y el carácter previsiblemente permanente o de larga duración de las mismas que *deberá basarse en todos los elementos objetivos de que se dispongan, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales*⁵⁰.

⁵⁰ Véase el apartado 57 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917.