

EL DEBER DE INTRODUCIR ADAPTACIONES COMO MEDIDA DE ACCESO Y MANTENIMIENTO DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

THE DUTY TO MAKE REASONABLE ADJUSTMENTS TO ENABLE PERSONS WITH A DISABILITY TO HAVE ACCESS TO, PARTICIPATE IN, OR ADVANCE IN EMPLOYMENT*

Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano**

Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: 1. La recepción del concepto de ajuste razonable en el ordenamiento español. –2. Alcance de la obligación de realizar ajustes razonables: la razonabilidad del ajuste y su exención por carga excesiva; 2.1. La indeterminación del concepto de razonabilidad del ajuste en la Directiva 2000/78 y la diversidad de modelos nacionales; 2.2. La definición de ajuste en la Convención de la ONU y la apuesta por la eficacia conforme a la interpretación del Comité; 2.3. La recepción del concepto de ajuste razonable en la normativa interna; 2.3.1. El doble test de razonabilidad y carga desproporcionada. Una propuesta de interpretación acorde con la Convención; 2.3.2. La razonabilidad de la medida; 2.3.3. Elementos para la valoración del carácter indebido o desproporcionado de la medida de ajuste. –3. Contenido posible de las medidas de ajuste; 3.1. Ajustes en el entorno físico de trabajo; 3.2. Formación, información y apoyo personal específico; 3.3. Medidas de ajuste en la organización del trabajo: modificaciones de jornada, funciones y cambio de puesto; 3.4. El reconocimiento expreso como medida de ajuste de la movilidad geográfica para la realización de un tratamiento; 3.5. Reconocimiento de permisos y medidas de adaptación del tiempo de trabajo; 3.6. Suspensión del contrato como medida de ajuste; 3.7. El derecho a la reubicación y la extinción del contrato por incapacidad permanente total; 3.8. El ámbito de las medidas de ajuste y su virtualidad en la interpretación del régimen del despido por causas objetivas. –4. La necesaria previsión de un órgano y procedimiento para la valoración del ajuste razonable.

RESUMEN

Este artículo analiza el deber de realizar ajustes razonables en el empleo para personas con discapacidad. El objetivo del artículo es ofrecer una interpretación del concepto de ajuste razonable recogido en la legislación española acorde con la definición contenida en la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad y en la Directiva 2007/78. El artículo profundiza en la interpretación del concepto de razonabilidad y carga excesiva. Se concluye con un análisis exhaustivo de las posibles medidas de ajuste.

*Recibido el 17 de julio de 2020. Aceptado el 24 de julio de 2020.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ABSTRACT

This article aims to analyze the duty to provide reasonable accommodation in the workplace of people with Disabilities. With this aim, the article assesses the Spanish definition of reasonableness and disproportionate burden and excessive costs and tries to achieve a definition in light of the CRPD and Directive 2000/78. Specifically, it identifies the points that have to be considered in order to determine if a measure is reasonable. Lastly, attending to the generic regulation, the article describes and exemplificative list of reasonable adjustments.

Palabras clave: Ajuste razonable. Coste excesivo. Carga desproporcionada. Empleo de las personas con discapacidad.

Key words: Reasonable Accommodation. Excessive cost. Disproportionate Burden. Employment of People with Disabilities.

1. LA RECEPCIÓN DEL CONCEPTO DE AJUSTE RAZONABLE EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La obligación de realizar ajustes razonables tiene su origen en la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuyas disposiciones fueron transpuestas al ordenamiento español por medio de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre que reformó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos y mediante la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹.

La Directiva, reconocía en su art. 5 los ajustes razonables como una medida necesaria para garantizar la igualdad de trato y obligaba al empresario a tomar las medidas adecuadas para permitir a las personas con discapacidad el acceso al empleo, salvo que dichas medidas supusieran una carga excesiva.

Con posterioridad a la Directiva, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 3 de mayo de 2008, señalaba en su art. 2 que se considerará discriminación por razón de discapacidad la no realización de los ajustes razonables y definía ajustes razonables como las adaptaciones necesarias y adecuadas para garantizar a las personas con discapacidad el goce de todos los derechos, siempre que no supusieran una carga desproporcionada o indebida. Tras la ratificación por la Unión Europea de la Convención en el año 2011, las disposiciones comunitarias han de interpretarse a la luz de la citada Convención.

¹ En general sobre la configuración legal de esta obligación: GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La caracterización europea de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo de personas con discapacidad. Reflexiones a propósito de su papel en la extinción del contrato de trabajo”, comunicación presentada en la XXVIII Jornadas Catalanas de Derecho Social, 2017, disponible en: <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/any-2017/>

Del mismo autor, “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en EE.UU. y en España: una visión comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 3, 2015; PALACIOS RIZZO, A.: “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en AA.VV. (coord.: CAMPOY CERVERA, I.): *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 187 y ss.; PÉREZ BUENO, L. C.: “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, en AA. VV.: *2003-2012, 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Cinca, Madrid, 2012, pp. 159 y ss.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo para personas con discapacidad”, *Temas Laborales*, núm. 127, 2014, pp. 85 y ss. En la doctrina extranjera, la obra de referencia es: LAWSON, A.: *Disability and Equality Law in Britain: The Role of Reasonable Adjustment*, Hart Publishing, 2008.

En el ámbito interno, el marco normativo de referencia para la definición de la obligación de realizar ajustes razonables lo constituye el actual Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social aprobado mediante el Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (en adelante LGDPCD)². Como se verá en los próximos epígrafes, esta norma recoge, en su art. 2 m) la definición general de ajuste razonable, posteriormente la concreta en lo referido específicamente al empleo en su art. 40 y se vuelve a referir a esta obligación en el art. 66 como una medida específica para hacer frente a la discriminación.

Desde su introducción el ordenamiento europeo y en el nacional, la obligación de realizar ajustes razonables ha suscitado interesantes cuestiones interpretativas, en torno al concepto de persona con discapacidad, al contenido y límites de las medidas de ajuste o sobre las consecuencias de la negativa a adoptar medidas de ajuste razonable. La generalidad con que la normativa internacional y también la normativa interna han definido el concepto de ajuste ha obligado a la jurisprudencia europea y nacional a pronunciarse, no obstante, resulta necesario todavía un mayor esfuerzo de concreción, que probablemente pase por la revisión de algunos aspectos de la normativa en vigor. En los próximos apartados se abordan esas cuestiones, todavía abiertas, teniendo en cuenta la respuesta de los tribunales y tratando de ofrecer un esbozo de posibles soluciones jurídicas.

2. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES: LA RAZONABILIDAD DEL AJUSTE Y SU EXENCIÓN POR CARGA EXCESIVA

2.1. La indeterminación del concepto de razonabilidad del ajuste en la Directiva 2000/78 y la diversidad de modelos nacionales

Un somero análisis de la definición de la obligación de realizar ajustes razonables pone de manifiesto la existencia de una cierta indeterminación del concepto de razonabilidad del ajuste. La Directiva recoge un concepto genérico de ajuste y se ha limitado a dar algunas pautas genéricas para determinar cuándo una carga es desproporcionada. Esta apertura en la definición del concepto de ajuste razonable ha propiciado diversas interpretaciones que han tenido su trasunto en la transposición realizada por los Estados miembros³.

Así, la Directiva 2000/78 define el ajuste en su art. 5 como “las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. (...)”

Por otro lado, en el considerando 20, en clara alusión a los ajustes razonables, señala: “que es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”.

² Con la aprobación de este decreto se integran en una única norma las disposiciones en materia de discapacidad. En concreto, el Decreto refunde las disposiciones de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, de dos de diciembre y de la ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

³ WADDINGTON, L. y LAWSON, A.: *Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*. European Commission, jul. 2009, pp. 6 y 7 y 26 y ss. Vid. también: WADDINGTON, L.: “Implementing the Disability Provisions of the Framework”, en VV.AA. (ed.: LAWSON, A. y GOODING, C.): *Disability Rights in Europe. From theory to Practice*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2005, pp. 126 y ss. WADDINGTON, L.: “When it is Reasonable for Europeans to be confused: Understanding when a disability accommodation is “reasonable” from a Comparative perspective”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2008, vol. 29.

Parece que, de acuerdo con la definición de la Directiva, se separan los conceptos de razonabilidad y de carga excesiva. Así, en la definición de ajuste señala que las medidas de ajuste son las adecuadas para garantizar la participación de las personas en el empleo. En cuanto a qué deba entenderse por medidas adecuadas, el considerando arroja cierta luz cuando señala que son las medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo. Parece, por tanto, que la Directiva apuesta por un concepto de ajuste razonable que lo equipara a ajuste eficaz para conseguir el objetivo propuesto de garantizar el acceso y participación en el empleo de las personas con discapacidad. Añade la Directiva que estas medidas de ajuste no serán obligatorias cuando suponga una carga excesiva del empresario. En cuanto a qué deba entenderse por carga excesiva la Directiva señala en su art. 2 que a la hora de valorar la carga excesiva habrá de tomarse en consideración las medidas existentes en los Estados para paliarlas. Por otro lado, el considerando 21 señala que para determinar si las medidas dan lugar a una carga desproporcionada se tendrán en cuenta los costes financieros y de otro tipo que impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios de la empresa, así como la disponibilidad de fondos públicos u otro tipo de ayudas.

En suma, por tanto, podría concluirse que la Directiva separa los conceptos de razonabilidad, como definidor de la obligación, y de carga desproporcionada, como excepción que justifica la no observación de la obligación, y reserva el análisis de los posibles factores económicos al ámbito de la carga desproporcionada. De tal manera que podría ocurrir que un ajuste sea razonable, por ser eficaz, práctico y adecuado pero que, sin embargo, no exista obligación empresarial de implantarlo porque supone una carga excesiva.

Esta aparente uniformidad en la definición del ajuste quiebra cuando se analiza la transposición realizada por los países europeos⁴. Una comparativa de las diferentes legislaciones nacionales permite diferenciar tres grandes modelos en la definición del ajuste razonable⁵.

En una primera aproximación, se ha identificado el término razonabilidad con eficacia de las medidas. Es decir, se ha entendido que una medida es razonable si resulta adecuada para garantizar la participación de la persona con discapacidad en el empleo. Se deja para un momento posterior el análisis de si la medida supone una carga desproporcionada. Este sería el modelo que se ha seguido en Países Bajos, Irlanda o Francia.

En una segunda interpretación, se ha vinculado el término razonabilidad a cuestiones económicas y se ha entendido que una medida es razonable si no impone excesivas dificultades económicas o costes al empresario. Esta sería el modelo adoptado por el legislador finlandés que a la hora de analizar si una medida es razonable toma en consideración que la medida no suponga costes o cargas excesivos para el empresario.

Por último, algunas normas han considerado que para que una medida sea razonable ha de reunir ambos requisitos, ser eficaz y no suponer una carga desproporcionada⁶. Este sería el modelo adoptado por el legislador inglés.

⁴ Con anterioridad a la aprobación de la Directiva, en EE.UU. y en Canadá se plantearon también diversas interpretaciones del concepto ajustes razonables. *Vid.*, al respecto: DE CAMPOS VELHO MARTEL, L., "Ajuste Razonable: Un Nuevo Concepto de una Gramática Constitucional Inclusiva", *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 14, disponible en:

http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo14.php?artigo=14,artigo_05.htm

⁵ WADDINGTON, L.: "Chapter six: reasonable accommodation", en VV.AA. (ed.: SCHIEK, D., WADDINGTON, L. y BELL, M.): *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, pp. 634 y ss. *Vid.* también: WADDINGTON, L. y LAWSON, A.: *Disability and non-discrimination law in the European Union*, *op. cit.*

⁶ Para una exhaustiva perspectiva comparada *vid.*: GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Bomarzo, Albacete, 2019. *Vid.* también del mismo autor: "La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo", *Trabajo y Derecho*, núm. extra. 6, 2017.

A la luz de esta cierta heterogeneidad en la transposición sería necesaria una revisión del contenido de la Directiva e incluso una intervención del TJUE que apostara por una interpretación uniforme del concepto. Hasta ahora los esfuerzos del TJUE se han centrado en la aclaración del concepto de persona con discapacidad, sin embargo, no se ha detenido en profundizar en el concepto de ajuste, más allá de la enumeración de algunas posibles medidas de ajuste. La interpretación que aquí ese propone tiene, por un lado, la ventaja de que facilita la prueba a la persona con discapacidad; en el sentido de que le bastará con acreditar la razonabilidad del ajuste para trasladar al empresario la prueba sobre la carga desproporcionada. Por otro lado, como se verá a continuación, la definición propuesta sería acorde con la definición contenida en la Convención, tal y como ha sido entendida por el Comité encargado de su interpretación.

2.2. La definición de ajuste en la Convención de la ONU y la apuesta por la eficacia conforme a la interpretación del Comité

Con posterioridad a la aprobación de la Directiva, la ya mencionada Convención Internacional, definió en su art. 2 los ajustes razonables 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 las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Nuevamente, en la definición de los ajustes vuelven a estar presentes los conceptos de adaptación necesaria y adecuada y carga desproporcionada. La cuestión es si a la luz de esta Convención cabe concluir que se ha optado a la hora de valorar la obligación de realizar ajustes razonables por un modelo basado en el doble test, que requiere, en primer lugar, la valoración de la razonabilidad en términos de eficacia y que relega a un segundo momento el análisis de los costes económicos. En este punto resulta determinante la aportación realizada por el Comité encargado de interpretar la Convención, el cual en su Observación general núm. 6 (2018) apuesta claramente por un análisis en dos fases de la razonabilidad del ajuste, al señalar que: “La obligación de realizar ajustes razonables de conformidad con los artículos 2 y 5 de la Convención puede dividirse en dos partes: la primera impone una obligación jurídica positiva de proporcionar ajustes razonables, que constituyen una modificación o adaptación que sea necesaria y adecuada, cuando se requiera en un caso particular para garantizar el goce o ejercicio de los derechos de una persona con discapacidad. La segunda parte asegura que los ajustes requeridos no impongan una carga desproporcionada o indebida al garante de los derechos”⁷.

Resulta, por lo tanto, que, en un primer momento se deberá analizar la necesidad y adecuación del ajuste y, en un segundo momento se valorará si los ajustes suponen una carga desproporcionada o indebida. Aclara expresamente que el término razonabilidad no es un término que module la obligación y que dé lugar a la valoración de los costes de la medida. Señala, al respecto que el término razonabilidad únicamente se refiere a “la pertinencia, idoneidad y eficacia de la medida”. Asimismo, aclara que los conceptos carga desproporcionada e indebida son un concepto único, en cuyo marco se debe valorar si una concreta medida de ajuste razonable supone una carga excesiva.

Teniendo en cuenta que la Convención es un instrumento vinculante para la Unión Europea parece que la interpretación de la Directiva 2000/78 debe revisarse con el fin de asegurar, por un lado, el análisis en dos fases de la razonabilidad y de la carga desproporcionada y, por otro lado, de entender el término razonabilidad como sinónimo de eficacia e idoneidad, sin connotaciones económicas.

⁷ Disponible en:

<http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-6-Articulo-5-igualdad-de-opportunidades-y-no-discriminaci%C3%B3n.pdf>

2.3. La recepción del concepto de ajuste razonable en la normativa interna

2.3.1. El doble test de razonabilidad y carga desproporcionada. Una propuesta de interpretación acorde con la Convención

En el ámbito interno, la LGDPCD se refiere al concepto de ajuste hasta en tres ocasiones. En primer lugar, el art. 2 m) contiene la definición genérica de ajuste y se refiere a estas medidas como las modificaciones “necesarias y adecuadas” “que no impongan una carga desproporcionada o indebida”, cuando se requieran en un caso particular “de manera eficaz y práctica”.

De una manera un tanto más concreta el art. 66 señala que a efectos de determinar si un ajuste es razonable: “se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda” Por último, en lo referido específicamente al empleo el art. 40.2 señala que “los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa (...), salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”. Para determinar si una carga es excesiva, el párrafo segundo aclara que: “se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.

La reiteración de la definición de ajuste hasta en tres ocasiones motiva que no resulte clara cuál ha sido la opción del legislador español en la definición de ajuste razonable⁸. Así el art. 2 se refiere en general a los ajustes razonables como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, sin hacer alusión a la cláusula de excepción por suponer una carga excesiva. Por otra parte, en lo referido específicamente al empleo, el art. 40 LGDPCD señala que el empresario debe adoptar las medidas adecuadas y añade como excepción el que supongan una carga excesiva. Por último, el art. 66 LGDPCD parece incorporar en la valoración de la razonabilidad del ajuste factores como como el coste de la medida, los efectos discriminatorios, la estructura de la organización y la posibilidad de obtener financiación adicional. Se genera, por tanto, una cierta confusión en cuanto si el modelo español de ajuste razonable exige un análisis en dos fases, por un lado, en un primer momento, de la eficacia de la medida y, por otro, en un momento ulterior, de si supone una carga excesiva o desproporcionada atendiendo a factores económicos y a la estructura de la organización.

En este punto resulta trascendental aprovechar esta cierta indefinición de la definición legal española para apostar por una interpretación integradora de los tres artículos y alineada con la realizada por el Comité de Interpretación de la Convención Internacional, que apueste por un examen de la obligación de realizar ajustes razonables que desvincule, por un lado, la razonabilidad de la carga desproporcionada y que parta, por otro lado, de un entendimiento de la razonabilidad como medidas eficaces y prácticas. Así, tomando como punto de partida el art. 40 relativo a la adopción de medidas de ajuste en el empleo, resulta claro que el empresario debe adoptar medidas adecuadas, salvo que supongan una carga excesiva; también, según lo dispuesto en el art. 2 m), los ajustes razonables son las modificaciones necesarias y adecuadas, siempre que no impongan una carga desproporcionada e indebida. Por su parte, el art. 66, en cuanto se remite al art. 2 m), habría de ser objeto de una interpretación integradora y entendido en el sentido de que ha querido recoger el elenco de factores que ayudan a precisar si una medida supone una carga desproporcionada. Además, a la hora de valorar si una carga es excesiva habría que tener en cuenta los factores recogidos en el último párrafo del art. 40, claramente separados de la definición de las medidas de ajuste, que se contienen en el párrafo primero.

⁸ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables...*, op. cit., pp. 218 y ss.

De acuerdo con lo anterior, sería factible sostener que el legislador español, conforme con lo dispuesto en la Convención, acoge un modelo de medida de ajuste razonable que exige un doble test; por un lado, el análisis de la eficacia de la medida y, por otro, su carácter desproporcionado o excesivo. Este modelo de doble test presenta, además, la ventaja de que facilita la prueba para la persona con discapacidad

2.3.2. La razonabilidad de la medida

En lo que se refiere a la razonabilidad de la medida la LGDPCD, realiza un mínimo esfuerzo por caracterizar cuándo una medida puede considerarse eficaz. Así, si se repasa la definición de ajuste, se observa que se alude al carácter necesario y adecuado de las medidas de adaptación y a que en atención al caso particular sean requeridas de manera eficaz y práctica para garantizar la accesibilidad y participación. El art. 44 del mismo texto, cuando concreta las medidas de ajuste en el ámbito del empleo, reitera que las medidas de ajuste serán las adecuadas en función de las necesidades de cada situación concreta.

No recoge el legislador un elenco de posibles medidas de ajuste; el art. 2 m) habla en general de modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal. De acuerdo con lo anterior, ha de partirse de un concepto amplio de medidas de ajuste, que incluya las medidas destinadas a actuar directamente en el entorno físico de trabajo, pero también otras medidas de carácter organizativo. El único límite al respecto es que se trate de una medida razonable tomando en consideración la situación concreta y que no suponga una carga desproporcionada.

Cabe concluir, por tanto, que la exigencia de que la medida sea eficaz obliga a buscar las modificaciones y adaptaciones que contribuyen al objetivo de permitir la incorporación en condiciones de igualdad del trabajador con discapacidad al trabajo y el desarrollo adecuado de la prestación laboral. En general, de acuerdo con la definición de la norma, habrá de escogerse la medida que mejor contribuya al objetivo de adaptación. Además, la medida ha de ser eficaz y práctica. Las dudas se van plantear cuando existan varias medidas eficaces para conseguir el mencionado objetivo. Se plantea en estos casos por cuál de ellas se tendrá que optar y a quién corresponde hacerlo. Los problemas surgirán especialmente en aquellos casos en que algunas de las medidas impliquen un mayor coste que otras y en aquellos casos en los que algunas de las medidas supongan un cierto perjuicio en las condiciones de trabajo del trabajador con discapacidad. En este punto es cuando el segundo test de proporcionalidad de la carga y de evitación de la carga excesiva puede resultar determinante.

Al margen de lo anterior, es preciso tener en cuenta que de manera dispersa, tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en otras normas específicas en materia laboral, se han recogido medidas de apoyo al empleo de las personas con discapacidad que son un claro ejemplo de medidas de ajuste razonable.

2.3.3. Elementos para la valoración del carácter indebido o desproporcionado de la medida de ajuste

De acuerdo con la interpretación propuesta, para la valoración de si una medida supone una carga desproporcionada o indebida ha de acudirse a lo dispuesto en el art. 66.2 LGDPCD, de acuerdo con el cual, han de tomarse en consideración los siguientes factores: los costes económicos, los costes de otro tipo, las ayudas públicas o subvenciones que puedan recibir las empresas, el tamaño, estructura, características de la organización. Asimismo, habrá de tener en cuenta lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 40.2 LGDPCD, que reitera algunos de estos factores y añade, como elemento objeto de consideración, el volumen de negocios de la empresa.

a) Costes de la medida

El art. 66. 2 LGDPCD hace alusión en general a los costes de la medida y el art. 40.2 LGDPCD señala que habrán de tomarse en consideración los costes financieros y de otro tipo. En general, las medidas de ajuste razonable podrán cuantificarse en términos económicos. Así sucederá claramente con las medidas de ajuste que supongan una adaptación física del entorno de trabajo y que exijan la compra o adecuación de los equipos y del lugar de trabajo. Habrá, no obstante, otro tipo de medidas que influyan en elementos inmateriales. Serán generalmente las medidas de carácter organizativo que implican una reordenación de los tiempos de trabajo o de las funciones. En estos casos se deberá cuantificar económicamente el coste de la medida y habrá de valorarse otro tipo de costes añadidos. Entre estos costes adicionales se encontrarán, por ejemplo, los perjuicios de carácter organizativo que la adopción de la medida pueda implicar, sobre todo, en aquellos casos que requieran cambios en la forma de trabajar que afecten al conjunto de trabajadores. Igualmente, han de ser tenidos en consideración los costes derivados de la necesidad de explicar la medida al resto de trabajadores, de elaborar un plan formativo o de realizar un seguimiento del impacto de la medida en el entorno laboral. En la valoración de los costes resulta esencial tener en cuenta el impacto que se puede derivar de la existencia de posibles ayudas o subvenciones.

b) Características de la organización

El art. 66 LGDPCD señala entre los factores que se han de tener en cuenta para determinar si un ajuste es razonable la estructura y características de la persona o entidad que pone en práctica la medida. El art. 40.2 LGDPCD señala también que habrán de tomarse en consideración para determinar si una medida supone una carga excesiva el tamaño y volumen de negocios de la empresa.

Con la introducción de estos elementos de valoración se pretende tomar en consideración las mayores dificultades que para empresas pequeñas o con menor volumen de negocio puede suponer la introducción de medidas de ajuste. Así, por ejemplo, cuando se trate de introducir una medida que tiene un coste fundamentalmente económico las dificultades serán mayores para una empresa con menor volumen de negocios. Por otro lado, cuando la medida sea de carácter organizativo, por ejemplo una modificación de horarios o turnos o una revisión de las funciones, su asunción será más fácil en una empresa de mediano o gran tamaño con una plantilla más amplia que en una pequeña empresa.

c) Efectos paliativos de las ayudas y subvenciones

El art. 66 LGDPCD concluye señalando que a efectos de valorar si el ajuste supone una carga excesiva habrán de tomarse en consideración las ayudas que contribuyan a sufragar los costes que supone la adopción de la medida de ajuste. De manera más general el art. 40 LGDPCD señala que habrá de tenerse en cuenta si la medida es paliada en grado suficiente mediante medidas, ayudas o subvenciones para personas con discapacidad.

Resulta claro, por tanto, que en la valoración del coste económico ha de tenerse en cuenta las cantidades que pueda recibir el empresario en concepto de subvención. Las dudas se presentan a la hora de determinar el tipo de ayudas que han de considerarse para determinar si la medida tiene un coste excesivo. La cuestión en este punto es si ha de tratarse de ayudas destinadas específicamente a paliar los costes que supone la adopción de la medida de ajuste o si cabe también tomar en consideración ayudas destinadas a facilitar el empleo de personas con discapacidad, aunque no se dirijan específicamente a la adaptación del puesto de trabajo mediante medidas técnicas u organizativas.

Por ejemplo, el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, contempla en su art. 12, entre las medidas de fomento del empleo, la concesión de subvenciones para la adaptación del puesto de trabajo o la dotación de equipos para evitar accidentes.

Junto a este tipo de ayudas, diferentes normas contemplan otras bonificaciones que pretenden fomentar la contratación de personas con discapacidad y que no se dirigen específicamente a la adaptación del puesto de trabajo. Son las ayudas contempladas en la ley 43/2006 y en la 11/2013. Así, por ejemplo, el art. 2 de la ley 43/2006 se contempla una bonificación de 4500 euros año durante toda la vigencia del contrato por la contratación indefinida de una persona con discapacidad, estas ayudas se incrementan dependiendo del grado de discapacidad y de la edad del trabajador.

En este punto parece que debe estarse a una interpretación amplia del tipo de ayudas que han de ser tomadas en consideración a efectos de valorar el coste de la medida e incluir cualquier tipo de ayuda por razón de discapacidad. La justificación de esta opción amplia se halla en que, aunque con este tipo de medidas no se pretenda expresamente paliar los gastos de la adaptación del puesto, sí que pretenden con carácter general promocionar la contratación de las personas con discapacidad y en última instancia hacen menos gravosa la adopción de la medida de ajuste razonable.

En todo caso, de la redacción del precepto sobre carga excesiva resulta claro que el legislador solo ha tenido en cuenta los beneficios de carácter económico para el empresario. No se han incluido en el juicio de valoración los beneficios de otro tipo que se pueden derivar de la incorporación a la empresa de una persona con discapacidad o, en general, los beneficios futuros que la adaptación del puesto de trabajo pueda reportar para otras personas. Ahora bien, la valoración de estos beneficios puede tener cabida en el marco del juicio de proporcionalidad sobre los efectos de la introducción de la medida antidiscriminatoria.

3. CONTENIDO POSIBLE DE LAS MEDIDAS DE AJUSTE

Tal y como se indicaba la indefinición de la medida de ajuste, motiva que van a poder considerarse medidas de ajuste cualesquiera que en términos amplios contribuyan a garantizar el acceso de las personas con discapacidad al empleo y su mantenimiento y promoción en el mismo, siempre que se trate de medidas que no supongan una carga excesiva. A continuación, se agrupan atendiendo a su ámbito de actuación las posibles medidas de ajuste.

3.1. Ajustes en el entorno físico de trabajo

Un primer grupo de medidas de ajuste serían las medidas de adaptación física y del entorno de trabajo. Por medio de estas adaptaciones se consigue acomodar las condiciones de carácter físico del puesto de trabajo a las limitaciones del trabajador con discapacidad. En este sentido, una reciente propuesta del CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad), propone recoger expresamente como medidas de adaptación en el empleo la eliminación de barreras físicas, la adaptación de los equipos de trabajo, la instalación de programas informáticos o la adopción de métodos y condiciones de trabajo⁹. Medidas tradicionales en este ámbito son las adaptaciones de carácter técnico para evitar posibles limitaciones derivadas de deficiencias visuales o acústicas del trabajador. Entre estas medidas podrían incluirse programas de software para facilitar la lectura y escritura, pantallas específicas de visualización de datos y, en general, las medidas de adecuación del espacio físico de trabajo, con el fin generalmente de acomodar el lugar de trabajo a limitaciones relacionadas con la movilidad del trabajador. Estas adaptaciones podrían tener que centrarse en el puesto de trabajo, si con ello bastase para garantizar el desempeño de la prestación laboral, o podrían extenderse a todo el lugar de trabajo.

⁹ Propuesta del CERMI de modificación del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, disponible en: <https://www.cermi.es/es/actualidad/novedades/propuesta-del-cermi-de-modificaci%C3%B3n-del-real-decreto-14511983-de-11-de-mayo>

Por otro lado, debe recordarse que estas medidas no solo han de permitir el desarrollo de la prestación laboral, sino que, según se recoge en el artículo 40 LGDPCD, pueden situarse en un estadio anterior, el del acceso al trabajo y también en otros ámbitos ajenos al puesto de trabajo en sentido rígido, con el fin de permitir el acceso del trabajador a acciones formativas o el desarrollo en general de su carrera profesional. De acuerdo con ello, podría ser necesario realizar las adaptaciones necesarias para que el trabajador pudiera participar en acciones formativas externas, aunque no fueran impartidas directamente por el propio empresario.

3.2. Formación, información y apoyo personal específico

Tendrían cabida como posibles medidas de ajuste la realización de cursos de formación específicos para los trabajadores con discapacidad con el fin de facilitar, entre otras cuestiones, el entendimiento de las funciones del puesto y de los procesos de trabajo. Se incluiría en este tipo de medidas la elaboración de instrucciones específicas dirigidas a estos trabajadores, teniendo en cuenta las limitaciones que puedan tener en la lectura y comprensión de la información. Cabría igualmente plantearse la oportunidad de destinar personal específico de apoyo en situaciones puntuales a los trabajadores con discapacidad siempre que no supusieran una carga excesiva.

En este ámbito puede incluirse el derecho reconocido en el art. 23.1 d). TRET a la formación para la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. Se trata, no obstante, de un derecho genérico para todo trabajador, con independencia de la discapacidad. Asimismo, cuando el art. 52 b) TRET contempla la falta de adaptación a las modificaciones técnicas como causa de extinción del contrato, se vuelve a referir a la necesidad de impartir la formación necesaria para facilitar la adaptación a dichas modificaciones, como requisito previo necesario antes de optar por el despido del trabajador. Se trata nuevamente de una referencia genérica que no está pensando específicamente en el caso del trabajador con discapacidad pero que, como se justificará posteriormente, convendría reinterpretar a la luz de la obligación de realizar ajustes razonables.

3.3. Medidas de ajuste en la organización del trabajo: modificaciones de jornada, funciones y cambio de puesto

Un segundo grupo de medidas de ajuste son las que inciden en factores organizativos con el fin de facilitar la realización del trabajo. Se trataría de las medidas que persiguen adaptar condiciones como la jornada, el horario, los turnos de trabajo o las funciones con el fin de facilitar al trabajador la realización del trabajo.

El problema cuando se plantea la adopción de este tipo de medidas es cuál es la relevancia de la regulación genérica sobre modificaciones de las condiciones de trabajo de los artículos 39, 40 y 41 TRET. Esta regulación genérica en materia de modificación busca, por un lado, permitir al empresario una adaptación de las condiciones de trabajo que le permite adaptarse a las necesidades del mercado y, por otro, contempla un elenco de garantías que pretende salvaguardar la posición del trabajador. Tal y como puede observarse, el objetivo de esta normativa genérica sobre movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo es salvaguardar un espacio mínimo de protección al trabajador ante la adopción por el empresario de medidas de ajuste. Se trata, en definitiva, de conjugar, por un lado, el interés empresarial en la adopción de medidas que permitan obtener una posición más competitiva y, por otro, el interés del trabajador en que sus condiciones de trabajo no se vean perjudicadas.

Por el contrario, en el caso de la normativa para garantizar el mantenimiento en el empleo de las personas con discapacidad, el objetivo fundamental es permitir la continuidad de esa persona en el trabajo, bien sea en su puesto de trabajo bien en otro acorde con su capacidad, incluso aunque su rendimiento sea inferior. En estos casos los intereses que es preciso coordinar son los del empresario y los del trabajador en el mantenimiento del empleo y del salario¹⁰.

¹⁰ En el caso de los trabajadores especialmente sensibles, se ha considerado aplicable el régimen general previsto para modificar sustancialmente las condiciones de trabajo: LÓPEZ AHUMADA, J. E.: *Los trabajadores sensibles*

Desde esta perspectiva, no parece que pueda extenderse la aplicación del régimen general previsto en los artículos 39 y 41 TRET a supuestos como el de la realización de ajustes razonables porque en el origen de la realización de estos ajustes no se encuentran necesidades objetivas de la empresa, sino la obligación de realizar ajustes razonables impuesta por la normativa con el único objetivo de facilitar la participación de los trabajadores con discapacidad en el mercado laboral¹¹.

Ahora bien, la no aplicabilidad de este régimen general en materia de modificaciones de jornada no puede significar que el trabajador discapacitado se encuentre a merced del empresario en la realización del ajuste. Dicho de otro modo, la necesidad de realizar un ajuste razonable no puede servir de excusa para alterar cualquier condición de trabajo. Los problemas se pueden plantear cuando existan varias medidas de ajuste posible. Por ejemplo, puede ocurrir que sean eficaces para garantizar la permanencia en el empleo del trabajador la adaptación de horario y jornada, pero también el cambio de funciones o incluso la movilidad geográfica. La cuestión en estos casos es cuál de las medidas de ajuste primará y si habrá de tenerse en cuenta los posibles perjuicios que para el trabajador conlleven las medidas. Parece que, siempre que sea posible, han de primar las medidas que permiten al trabajador con discapacidad la continuidad en su puesto de trabajo y con las mismas funciones. Así lo ha entendido la propuesta del CERMI ya mencionada al proponer, un elenco de medidas de adaptación del empleo en lo referido a barreras físicas, instalaciones, métodos y condiciones de trabajo que ha de intentarse con carácter previo al cambio de funciones.

Dejando al margen lo anterior, es preciso recordar que en el RD 1451/1983, de 11 de mayo se recogen algunas previsiones expresas para la adaptación de funciones del puesto se ha previsto con carácter expreso para las personas a las que se reconoce en situación de incapacidad permanente. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.1 cuando la incapacidad permanente parcial suponga la disminución en el rendimiento del trabajador el empresario está obligado a ocupar al trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual y en caso de que no exista podrá mantener al trabajador en su puesto y reducir su salario hasta un 25 % en caso de que exista disminución del rendimiento. Recientemente, el CERMI ha planteado una serie de medidas de modificación de este RD, entre las que figura la eliminación de la disminución salarial. De tal manera que, según la propuesta del CERMI, el empresario tendría la obligación de mantener al trabajador en situación de incapacidad permanente parcial en el puesto que ocupaba u otro diferente, pero con obligación de mantener el nivel retributivo correspondiente.

Desde un punto de vista más general, la propuesta del CERMI contempla expresamente el cambio de funciones del trabajador como una medida de ajuste posible en todo caso, no solo para los trabajadores en situación de incapacidad que hubieran recuperado su capacidad. En este caso la propuesta del CERMI señala que la reubicación será en un puesto de su misma categoría, pero en caso de que no sea posible, cabe la posibilidad de que se le ofrezca un puesto de distinta categoría o grupo en cuyo caso, la retribución será la correspondiente a la categoría o grupo profesional que ocupe.

a los riesgos laborales: protección jurídico-laboral, Marcial Pons, 2010, pp. 153 y ss.; COS EGEA, M.: "Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial", *Aranzadi Social*, núm. 12, 2010, pp. 10.

¹¹ Se ha planteado si los ajustes razonables se pueden equiparar a las causas organizativas, aunque acaba desechando esta posibilidad: ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, *Ibidem*, 1999, p. 377. Considera que la falta de aptitud es una causa con entidad propia, diferente de las previstas en el art. 41 ET que persiguen la mejora de la posición en el mercado de la empresa: LÓPEZ AHUMADA, J. E.: *Los trabajadores especialmente sensibles...*, *op. cit.*, p. 167.

3.4. El reconocimiento expreso como medida de ajuste de la movilidad geográfica para la realización de un tratamiento

El apartado 5 del art. 40 TRET ha contemplado de manera expresa el derecho a la movilidad geográfica de los trabajadores con discapacidad cuando sea necesario para realizar un tratamiento médico. Este apartado reconoce la preferencia de los trabajadores con discapacidad para ocupar otro puesto de trabajo del mismo grupo profesional en otro centro de trabajo cuando así resulte más fácil realizar el tratamiento y siempre que exista una vacante.

Esta previsión corrobora la especificidad de las modificaciones de las condiciones de trabajo por razones de discapacidad respecto de otro tipo de modificaciones por razones derivadas de necesidades empresariales. En el caso de la movilidad por razón de discapacidad se trata de reconocer un derecho al trabajador, por eso, no se incide en la necesidad de compensarle o indemnizarle.

En términos generales, la contemplación expresa de esta movilidad geográfica por razón de discapacidad ha de ser bien recibida. Sin embargo, no se puede obviar el carácter fragmentario de este tipo de actuaciones legislativas, limitado en cuanto a su objetivo y eficacia práctica y que no debe hacer olvidar la necesidad de una actuación en este ámbito de carácter general con el fin de definir las medidas de ajuste razonable en el ámbito laboral.

3.5. Reconocimiento de permisos y medidas de adaptación del tiempo de trabajo

Entre las medidas de ajuste de carácter organizativo se pueden encontrar aquellas destinadas a garantizar al trabajador ciertos derechos de ausencia con el fin de asistir a consultas de carácter médico o a terapias rehabilitadoras. Lo cierto es que el Estatuto de los Trabajadores se ha mostrado parco al respecto y no contempla, con carácter general, permisos específicos para ausentarse por motivos médicos. Habrá que estar, por tanto, a lo que haya dispuesto la negociación colectiva o al acuerdo con el empresario. Contrasta esta regulación con la específica para trabajadores con discapacidad en Centros Especiales de Empleo, del RD 1368/1985, de 17 de julio. El art. 13 de este RD reconoce un permiso al trabajador con discapacidad para ausentarse previo aviso y justificación del centro de trabajo para asistir a tratamientos de rehabilitación y en acciones de orientación, formación y readaptación profesional, con derecho a remuneración y siempre que no excedan de diez días en un semestre.

La cuestión pasa por determinar si también para las relaciones laborales comunes, aunque el ET no lo haya previsto expresamente, se puede plantear al empresario como medida de ajuste la concesión de permisos por razones médicas o para seguir acciones formativas.

Ane el vacío legislativo, la respuesta a la cuestión pasaría por determinar si el permiso solicitado puede constituir una medida de ajuste razonable. Desde luego, la concesión de este tipo de permisos es una medida necesaria para asegurar el acceso de los trabajadores con discapacidad al mercado de trabajo. Asimismo, los eventuales permisos de formación son también medidas eficaces para garantizar el acceso y la promoción profesional. Mayores problemas plantea la decisión sobre si estos permisos han de tener carácter retribuido, tal y como contempla el RD 1368/1985. En principio, las medidas de ajuste exigen las adaptaciones de jornada y de horario que sean necesarias para permitir al trabajador con discapacidad mantenerse en el mercado laboral, desde este punto de vista la razonabilidad del ajuste no implica necesariamente que dichas ausencias sean retribuidas. Dicho de otro modo, la falta de retribución de los permisos no determina que la medida de ajuste se convierta en irrazonable por no eficaz o práctica¹². Por otro lado, cabría plantearse si exigir al empresario la retribución durante estos periodos de ausencia podría suponer una carga excesiva.

¹² Así lo entendió también el Abogado General en sus conclusiones de 26 de septiembre de 2013 al asunto C. 363/12. El Abogado señaló al respecto: *“Sobre este punto, estimo perfectamente imaginable que, en determinadas*

Otro tipo de medidas, dentro de este grupo, serían las de adaptación del tiempo de trabajo. La regulación estatutaria solo contempla este derecho para los trabajadores con necesidades de conciliación familiar, sin embargo, podría resultar necesario un reconocimiento expreso del derecho a la adaptación de jornada para las personas con discapacidad. En esta línea, el CERMI, en su reciente propuesta propone reconocer expresamente, en los términos establecidos en el art. 34.8 TRET, un derecho de la persona con discapacidad a solicitar adaptación en la duración y distribución de la jornada de trabajo. En la propuesta se plantea también hacer extensivo este derecho a las personas encargadas del cuidado de una persona con discapacidad.

3.6. Suspensión del contrato como medida de ajuste

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

El ordenamiento español ya reconoce en su artículo 45.1 c del TRET, entre las causas de suspensión del contrato la incapacidad temporal. Tradicionalmente esta causa de suspensión se ha ligado a la prestación correspondiente de Seguridad Social prevista en los artículos 169 y ss. TRLGSS. De acuerdo con esta regulación, el trabajador tiene derecho a recibir la prestación de incapacidad temporal durante un máximo de 365 días prorrogables por otros 180 días.

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

Antes incluso de que se reconociese el derecho al ajuste razonable, se apuntó como posible solución optar por una interpretación amplia del art. 45 TRET, que permitiera admitir la enfermedad como causa de suspensión del contrato¹³. Con el reconocimiento expreso del derecho al ajuste razonable, la suspensión del contrato se puede considerar una medida más de ajuste razonable que desborda los estrictos términos en los que está configurada legalmente la incapacidad temporal. El único límite a este reconocimiento de la suspensión se hallaría una vez más en que no constituya una carga excesiva.

Una medida menos onerosa para el empresario puede consistir en reconocer un derecho del trabajador con discapacidad a la reincorporación en el momento en que hubiera vacante, en línea con lo ya previsto por el RD 1451/1983, de 11 de mayo, para los trabajadores a los que se les ha reconocido algún tipo de incapacidad. Por esta opción apuesta también el CERMI,

circunstancias, la concesión de un permiso (no retribuido) pueda considerarse adecuada para garantizar que el empleado discapacitado de que se trate pueda seguir trabajando y participando en una actividad profesional conforme a los objetivos de la Directiva 2000/78. Sin embargo, encuentro difícil aceptar que pueda inferirse del artículo 5 de la Directiva 2000/78 una obligación del empresario de conceder un permiso laboral retribuido". Aunque en este caso no se dio la razón a la trabajadora que solicitaba el ajuste porque se entendió que, en la limitación para ser madre no puede equipararse a una discapacidad.

¹³ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo...*, op. cit., pp. 387 y ss.

que, entre sus propuestas para mejorar el empleo de las personas con discapacidad¹⁴, ha recogido la ampliación a cuatro años del derecho de suspensión del contrato durante un periodo de cuatro años antes de proceder a la extinción.

3.7. El derecho a la reubicación y la extinción del contrato por incapacidad permanente total

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 49.1 e) la incapacidad permanente total y del trabajador es una causa de extinción del contrato de trabajo, de manera que, salvo que se contemple expresamente la posibilidad de curación en un plazo de dos años (art. 48 TRET), la declaración de la incapacidad total da lugar a la extinción automática del contrato.

La única medida que el ordenamiento contempla en la actualidad para reubicar a estos trabajadores es que recuperen la capacidad laboral, en este caso conforme con lo dispuesto en el art. 2 del RD 1451/1983, de 11 de mayo se les reconoce una preferencia absoluta a su readmisión en la última empresa en la primera vacante que se produzca.

No parece que esta posibilidad de extinguir automáticamente el contrato en el caso de declaración de la situación de incapacidad permanente total sea conforme con la obligación de realizar ajustes razonables¹⁵. Debe advertirse que la incapacidad total supone una limitación para la realización de las actividades propias de la profesión, pero no una limitación para realizar otro tipo de actividades laborales. En coherencia con ello, resultaría exigible que el empresario, antes de proceder a la extinción del contrato de trabajo, ofreciera al trabajador la posibilidad de realizar un trabajo acorde con su capacidad residual. En esta línea apunta la reciente propuesta del CERMI que contempla expresamente la obligación de que en el plazo de un mes desde la declaración de la incapacidad el empresario ofrezca una vacante adecuada al trabajador, que puede incluso ser de distinta categoría o grupo profesional. Señala, además, de que en caso de que el empresario no disponga de un puesto adecuado deberá acreditarlo debidamente.

Con todo, es preciso reconocer que los tribunales vienen admitiendo, sin tomar en consideración la posible vulneración de la obligación de realizar ajustes razonables, la extinción automática del contrato de personas con discapacidad¹⁶.

3.8. El ámbito de las medidas de ajuste y su virtualidad en la interpretación del régimen del despido por causas objetivas

El art. 40. 2 LGDPCD, cuando concreta el ámbito en el que se deben desplegar las medidas de ajuste, señala que han de permitir al trabajador acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación. Resulta claro que las medidas de ajuste se deben plantear desde la fase de selección y han de extenderse a lo largo de toda la relación laboral. Parece, por tanto, que también en la aplicación de las causas de extinción del contrato ha de tenerse en cuenta las implicaciones prácticas derivadas de la obligación empresarial de realizar ajustes razonables¹⁷. En una primera aproximación cabe señalar que la extinción del

¹⁴ *Propuestas normativas con rango de ley derivadas del desarrollo de la estrategia global y del plan de acción para el empleo de personas con discapacidad, para su inclusión en el proyecto de ley de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas*, disponible en: <http://boletín.cermi.es/noticia.aspx?noticia=611>

¹⁵ GOÑI SEIN, J. L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 239 y ss.

¹⁶ Entre las sentencias más recientes: STSJ (Galicia) de 6 de noviembre (JUR 2019/33083).

¹⁷ En este sentido: MORENO GENÉ, J.: "Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo", Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, disponible en VV.AA., *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2014.

contrato de trabajo de una persona con discapacidad puede resultar nula cuando se prueba que la causa del despido es la discapacidad de la persona. También puede calificarse como nulo el despido cuando se hubieran podido introducir ajustes razonables que hubieran evitado el despido. Esta última posibilidad abre una reflexión sobre la influencia de la obligación de realizar ajustes razonables en la interpretación y aplicación de algunas causas de despido objetivo. En concreto, existen dos causas de despido objetivo sobre las que conviene detenerse, se trata del despido por ineptitud sobrevenida y el despido por absentismo, derogado para las relaciones laborales comunes, pero no para las personas con discapacidad que prestan servicios en Centros Especiales de Empleo. En el origen de estas dos causas de despido se encuentra la necesidad de permitir al empresario poner fin al contrato cuando no resulta rentable en términos de productividad, incluso por razones ajenas al trabajador. Ocurre, sin embargo, que en el ámbito de la discapacidad no cabe efectuar una valoración estandarizada de estas causas, sino que es necesario tomar en consideración las circunstancias del trabajador y, muy en particular, la necesidad de realizar ajustes que palien esa menor productividad del trabajador.

Así, por ejemplo, en el caso de la ineptitud sobrevenida, será necesario llevar a cabo una valoración de la falta de aptitud del trabajador en la que se tome en consideración los efectos que la adopción de un ajuste razonable puede tener para paliar esa ineptitud del trabajador. De tal manera que la declaración del trabajador como no apto no autoriza a la empresa a extinguir automáticamente el contrato en el caso de que se trate de una persona con discapacidad, sino que la empresa ha de realizar un esfuerzo real por adaptar el puesto de trabajo. Por otro lado, de acuerdo con la interpretación propuesta será la empresa la que deba probar no solo la ineptitud del trabajador sino también la imposibilidad de adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones del trabajador¹⁸. En esta línea apunta la propuesta del CERMI ya mencionada cuando reconoce el derecho a reubicación en otro puesto de trabajo.

En el caso del despido por faltas de asistencia, el art. 52 d) ET que autorizaba el despido por faltas de asistencia cuando se alcanzaran determinados umbrales fue finalmente derogado por el RD 4/2020, de 18 de febrero. La constitucionalidad del citado precepto había sido admitida expresamente por el Tribunal Constitucional en una polémica sentencia de 16 de octubre de 2019, 118/2019.

No obstante, la derogación no ha alcanzado al régimen específico previsto en el RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral especial de los minusválidos que trabajan en Centros Especiales de Empleo, cuyo art. 16. c), autoriza a extinguir el contrato cuando las faltas de asistencia alcancen *“el 25 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 30 por 100 en cuatro meses discontinuos, dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5 por 100 en los mismos períodos de tiempo”*. Este olvido del legislador a la hora de acometer la derogación del régimen del despido por absentismo ha sido advertido por el CERMI, el cual, ha propuesto que se derogue expresamente también para los trabajadores con discapacidad en Centros Especiales de Empleo la causa de despido por absentismo.

Vid. también sobre esta cuestión: GOÑI SEIN, J. L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral...*, op. cit., pp. 264 y ss. ITURRI GÁRATE, J. C.: “La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador”, *Trabajo y Derecho*, núm. extra, 6, 2017; MOLINA NAVARRETE, C.: “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del ‘caso Ring’”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, pp. 135 y ss.; 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*, núm. extra, 6, 2017; PASTOR MARTÍNEZ, A.: “El deber de adaptación de las condiciones de trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de trabajo”, Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, disponible en AA.VV.: *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2014, pp. 8 y ss.

¹⁸ Así, lo vienen considerando los tribunales, entre las sentencias más recientes cabe mencionar: STSJ (Galicia) de 14 de mayo de 2020 (Rec. 146/2020) y de 13 de mayo de 2020 (Rec. 6272/2019), STSJ (Andalucía) de 27 de febrero de 2019 (Rec. 344/2018).

Con todo, puede defenderse que, aún vigente este régimen de despido por absentismo, las faltas de asistencia podrían ser consideradas como una medida de ajuste razonable, en cuyo caso no cabría el despido automático por esta razón. El elemento central en este punto se encuentra en valorar hasta qué punto estas ausencias pueden considerarse ajustes razonables. No parece, sin embargo, que sea posible establecer un número determinado de ausencias a partir del cual quepa justificar el despido. Es más, tampoco parece que una ampliación de dicho número de faltas de asistencia sea suficiente para salvar las dudas sobre la legalidad de la citada norma. De acuerdo con la definición de ajuste antes señalada parece que será necesario realizar un análisis individualizado para determinar en cada caso si las ausencias intermitentes del trabajador con discapacidad suponen una carga excesiva y, en consecuencia, no han de ser soportadas por el empresario.

4. LA NECESARIA PREVISIÓN DE UN ÓRGANO Y PROCEDIMIENTO PARA LA VALORACIÓN DEL AJUSTE RAZONABLE

La indefinición de la normativa en cuanto a las posibles medidas de ajuste razonable provoca una cierta inseguridad a la hora de determinar si una medida de adaptación debe adoptarse. Asimismo, la persona con discapacidad no cuenta con un cauce específico en la empresa para proponer la adopción de posibles medidas de ajuste o para participar en las decisiones empresariales sobre la materia. En la mayoría de los casos las medidas de ajuste se adoptan como consecuencia de la actuación de los órganos específicos en materia de prevención de riesgos laborales (servicios de prevención o comité de seguridad y salud en el trabajo) que, ante situación de limitación o de ineptitud en la capacidad laboral proponen la adopción de determinadas medidas adaptativas¹⁹.

El LGDPCD en su art. 66 contempla expresamente que en caso de discrepancia sobre las medidas de ajuste se pueda acudir al procedimiento de arbitraje del art. 74. Sin embargo, en la práctica este procedimiento no ha sido utilizado. Existe una propuesta en esta línea del CERMI, con el fin de que el trabajador pueda solicitar la medida de ajuste del empresario y que el empresario está obligado a su adopción o a contestar motivadamente a la razón que justifica su no adopción. Se prevé además que la falta de acuerdo sea resuelta por la autoridad laboral previo informe de la Inspección de Trabajo.

Se trata de una propuesta que pretende de alguna manera articular un procedimiento para hacer efectiva la medida de ajuste razonable, sin embargo, sería conveniente que la decisión sobre la razonabilidad de la medida de ajuste fuese valorada en un órgano participativo, que asegure la presencia de los representantes de los trabajadores, y con competencia técnica sobre la medida. En este punto, podría plantearse la oportunidad de que sea el Comité de Seguridad y Salud, partiendo de un entendimiento amplio de sus competencias en materia de promoción de la salud, el que lleve a cabo esa labor de estudio previo de las posibles medidas de ajuste. En caso de desacuerdo la última decisión correspondería al empresario, pudiendo, en todo caso, el trabajador articular la oportuna reclamación ante los tribunales.

¹⁹ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables...*, op. cit., pp. 209 y ss.