

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martin Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en EE.UU. y España: una visión comparada

David GUTIÉRREZ COLOMINAS*

RESUMEN: El presente trabajo se encarga de analizar la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en EE.UU. y España, que, si bien comparten un escenario internacional común, pertenecen a culturas jurídicas bien distintas. Partiendo de la tesis de que la tipología de la obligación es, teóricamente, idéntica al derivar de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, este estudio aborda el origen de la obligación en ambos países, su caracterización normativa actual, la apreciación de la carga razonable y las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación, con el objetivo de definir cómo las culturas jurídicas pueden influir en la aplicación de esta obligación, cuáles son sus efectos y determinar qué factores maximizan la eficacia normativa y aseguran el cumplimiento de este mecanismo de garantía del derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.

Palabras clave: Personas con discapacidad, Igualdad y no discriminación, Ajustes razonables, EE.UU., España.

SUMARIO: 1. Introducción: Los ajustes razonables como medida de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad en un contexto internacional. 2. La obligación de realizar ajustes razonables en EE.UU. 3. La obligación de realizar ajustes razonables en España. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Personal investigador en formación – Programa FPU 2013- del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB).

1. Introducción: Los ajustes razonables como medida de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad en un contexto internacional

La inserción de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo ordinario es un objetivo que ha sido perseguido por los organismos internacionales, en aras de lograr la integración laboral e igualdad de oportunidades plena de este colectivo.

Esta preocupación se aprecia, en un plano normativo, en el surgimiento de distintas normas internacionales que convergían en torno a medidas dirigidas a fomentar la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad. La más importante de todas fue la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención), adoptada el 13 de Diciembre de 2006 por la Organización de Naciones Unidas. Su estructura consta de 50 artículos, los cuales pretenden promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad (Art. 1), pero lo que más llama la atención es el enfoque multidisciplinar que adopta la citada norma para perseguir dicho objetivo. En este sentido, podemos observar que trata ámbitos tan diversos como el acceso a la justicia (Art. 13), la educación (Art. 24), la salud (Art. 25), el trabajo y el empleo (Art. 27) o la protección social (Art. 28), entre otros¹. Tal extremo evidencia que el modelo de lucha contra la discriminación adoptado anteriormente queda muy lejos del nuevo paradigma, reflejando así una clara influencia del modelo social de tratamiento de la discapacidad² y abogando por crear obligaciones para con los Estados que se extienden tanto a la esfera pública como a la privada.

La Convención apuesta por la accesibilidad, y concretamente, por la estandarización de la obligación de realizar ajustes razonables como mecanismo en diversos ámbitos para la lucha contra la discriminación y la igualdad de oportunidades, tal y como puede apreciarse en el artículo 5 párrafo tercero. Para ello, se establece como obligación general la

¹ 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

² *Vid.* Waddington, L., “Fine-tuning non-discrimination law: Exceptions and justifications allowing for differential treatment on the ground of disability”, *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 15, nn. 1-2, 2015, p. 15.

adopción, por parte de los Estados que componen la ONU, de todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de todas aquellas adaptaciones que se requieran para la plena inserción de las personas con discapacidad.

En particular, el artículo 2 del citado texto legal considera oportuno formular una definición de ajustes razonables según la cual éstos consisten en “[...] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades”. A partir de ahí, las referencias a la institución en los distintos ámbitos son patentes a lo largo de todo el texto³. Centrándonos en el ámbito laboral, el artículo 27.1 de la Convención identifica una batería de hasta 11 medidas, entre las cuales se incluye la letra i), que exige “velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”. El precepto citado anteriormente aboga por el empleo de este colectivo en el medio ordinario, e instituye la accesibilidad como fundamento para la integración laboral plena y efectiva de las personas con discapacidad, en tanto que la preferencia de la inserción en entornos laborales ordinarios requiere la adaptación del puesto de trabajo a las necesidades especiales del trabajador con discapacidad.

Ante este escenario común internacional, el propósito de este estudio es analizar, desde una perspectiva comparada, cómo se ha procedido a configurar normativamente la obligación de realizar ajustes razonables en países con sistemas jurídicos basados en el *Common Law* y en el Derecho Continental. Para ello, se analizará la caracterización de dicha obligación en la legislación de EE.UU. y de España, destacando el origen de la obligación en ambos países, su caracterización normativa actual, la apreciación de la carga razonable y las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación.

³ Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Convención incluye la realización de ajustes razonables en el ámbito penitenciario y el artículo 24 de la Convención incluye asimismo dicha obligación en el ámbito educativo.

2. La obligación de realizar ajustes razonables en EE.UU.

2.1. Una aproximación histórica

El concepto de ajuste razonable fue introducido en el sistema jurídico americano con la aprobación de la *Equal Employment Opportunity Act* (en adelante, EEOC) en 1972, que modificó la sección 701 de la Civil Rights Act de 1964. Esta norma supuso una gran contribución a la lucha por la no discriminación y la igualdad de oportunidades, y aunque *circunscribió su campo de actuación al ámbito de la libertad religiosa*⁴, implicó la creación de una obligación que requería al empresario la modificación de aquellas condiciones de trabajo que no permitieran el ejercicio efectivo del derecho a la libertad religiosa⁵. En este sentido, significó la construcción de unas bases sólidas para la extensión de la obligación de realizar ajustes razonables a otros ámbitos en los se requerían adaptaciones de las condiciones de trabajo para garantizar la no discriminación y la igualdad de oportunidades.

La siguiente norma que debe destacarse fue la “*Rehabilitation Act*”, ley federal promulgada el 26 de Septiembre de 1973. Esta ley estadounidense fue la primera que prohibió la discriminación por razón de discapacidad y, a tal efecto, estableció un programa de acción positiva, significando la toma de conciencia de los numerosos obstáculos que las personas con discapacidad han de sortear⁶. La sección 505, introducida en 1978⁷, fue la gran contribución de esta norma, según la cual los tribunales, en el marco de aquellas demandas formalizadas al amparo de la *Section 717* de la *Civil Rights Act de 1964*, deben considerar la razonabilidad del coste de cualquier

⁴ *Vid.* Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas laborales*, n. 127, 2014, p. 86 *in fine*.

⁵ Concretamente, la innovación que ofrecía dicho precepto fue la definición legal del término *religion*, que hasta la fecha fue construido jurisprudencialmente por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970) y *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965), entre otros, relativos a la obligatoriedad de realizar el servicio militar

⁶ En este sentido, la sección 2 de la citada norma establece: “Congress finds that: [...] (5) individuals with disabilities continually encounter various forms of discrimination in such critical areas as employment, housing, public accommodations, education, transportation, communication, recreation, institutionalization, health services, voting, and public services”.

⁷ La norma que introdujo dicha disposición fue la *Rehabilitation Act Amendments of 1978*, la cual supuso un avance sustancial en la visión integradora de las personas con discapacidad al prever subvenciones destinadas a ofrecer servicios que posibilitasen la vida independiente de este colectivo.

modificación necesaria del puesto de trabajo y la disponibilidad de alternativas a tal efecto⁸. Con esta disposición, la *Rehabilitation Act* sentó las bases de la protección de las personas con discapacidad en el ámbito laboral, y a pesar de los defectos de los que adolecía⁹, fue el embrión que posibilitó que la norma que le siguió trasladase la obligación de realizar ajustes razonables al ámbito laboral.

Por último, la “*Americans with Disabilities Act*” (en adelante, ADA), fue promulgada el pasado 26 de Julio de 1990, y se trató de la primera norma que reflejó, en materia de empleo, una caracterización del término “*reasonable accommodation*”, el alcance del concepto “*undue hardship*” y, aún más importante, identificó como comportamiento discriminatorio la no realización de ajustes razonables. Se trata de una norma muy avanzada para la época en la que se dictó, ya que muchos de los instrumentos jurídicos internacionales que se hallaban en vigor aún no reflejaban los ajustes razonables como mecanismo de lucha contra la discriminación. Así, su influencia normativa en un plano internacional ha sido capital, consolidado esta obligación como mecanismo de lucha contra la discriminación.

Desafortunadamente, la versión inicial de esta norma presentó una serie de defectos que limitaron su eficacia en términos de empleo. Principalmente, plasmó un concepto de persona con discapacidad excesivamente restrictivo que exigía que el trabajador presentase limitaciones sustanciales en el desarrollo de su vida cotidiana, lo cual fue calificado por la doctrina como una clase protegida de personas con discapacidad¹⁰. A esta visión rígida se le sumó una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo de los Estados Unidos¹¹ que, centrando la discusión jurídica en la interpretación del término “limitaciones sustanciales”, el cual no se hallaba concretado por la norma y debía ser definido *ad casum*,

⁸ Literalmente: “[...] In fashioning an equitable or affirmative action remedy under such section, a court may take into account the reasonableness of the cost of any necessary work place accommodation, and the availability of alternatives therefore or other appropriate relief in order to achieve an equitable and appropriate remedy”.

⁹ Principalmente, su lenguaje sumamente ambiguo, la falta de mecanismos de aplicación de las medidas que se proponen e interpretaciones judiciales que no maximizan la eficacia de la norma, tal y como señala Smith-Duer, B., “Too Disabled or Not Disabled Enough: Between a Rock and a Hard Place after *Murphy v. United Parcel Service, Inc.*”, *Washburn Law Journal*, vol. 39, n. 2, 2000, p. 261, que cita a Burgdorf, R. L., Robert L., *Disability discrimination in employment law 1*, Washington, Bureau of National Affairs Books, 1995.

¹⁰ *Vid.* Jolls, C. “Accommodation mandates”, *Stanford Law Review*, vol. 53, 2000, p. 273.

¹¹ *Vid.* *Toyota Motor Mfg., Ky., Inc. v. Williams* 534 U.S. 184 (2002); *Sutton et al. v. United Airlines, Inc.* 527 U.S. 471 (1999); *Murphy v. United Parcel Service, Inc.*, 527 U.S. 516 (1999) y *Albertson's, Inc. v. Kirkingburg* 527 U.S. 555 (1999).

dinamitó la voluntad protectora de la norma y redujo el efecto positivo de otros pronunciamientos favorables¹² a la ampliación del concepto de persona con discapacidad. El objetivo del Tribunal Supremo, que era la necesidad de homogeneizar¹³ la calificación de persona con discapacidad, significó la exclusión del ámbito subjetivo de la norma a aquellas personas con discapacidad que no presentaban limitaciones sustanciales en su vida diaria que requerían adaptaciones para desarrollar sus tareas profesionales. La magnitud de los efectos negativos fue tal que no tardaron en generarse discusiones doctrinales respecto a los efectos de la ADA en materia de empleo de las personas con discapacidad. En este sentido, algunos autores¹⁴ se mostraron especialmente críticos, sosteniendo que la obligación de realizar ajustes razonables añadió un coste económico a los empresarios, y en consecuencia, significó un descenso del empleo de las personas con discapacidad en Estados Unidos. En contraposición, otros autores¹⁵ defendieron desde una perspectiva social que, si bien el coste de efectuar los ajustes razonables puede ser significativo, resulta, en términos de empleo, más eficiente que los empresarios contraten a personas con discapacidad y asuman dicho coste. En este sentido, se sostiene que la incorporación a la estructura empresarial de estos trabajadores permite, en un plazo relativo de tiempo, recuperar el coste de la adaptación del puesto de trabajo, y en cualquier caso, la asunción de dicho coste es más eficiente que el pago de prestaciones a trabajadores con discapacidad.

¹² En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo más destacadas han sido *Tennessee v. Lane*, 541 U.S. 509 (2004), *PGA Tour, Inc. v. Martin*, 532 U.S. 661 (2001), *Bragdon v. Abbott*, 524 U.S. 624 (1998), *Pa. Dep't. of Corrections v. Yeskey*, 524 U.S. 206 (1998) y *Olmstead v. L. C.*, 527 U.S. 581 (1999), tal y como señala Burgdorf, R., "Restoring the ADA and Beyond: Disability in the 21st Century", *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights*, vol. 13, n. 2, 2008, p. 255.

¹³ Concretamente, el Alto Tribunal concreta que la definición de persona con discapacidad en la ADA "need to be interpreted strictly to create a demanding standard for qualifying as disabled", tal y como puede apreciarse en *Toyota Motor Mfg., Ky., Inc. v. Williams* 534 U.S. 184, (2002), apartado III.

¹⁴ *Vid.* Acemoglu, D. y Angrist, J. D., "Consequences of Employment Protection? The Case of the Americans with Disabilities Act", *Journal of Political Economy*, vol. 109, n. 5, 2001, pp. 915-957; Deleire, T., "The Unintended Consequences of the Americans with Disabilities Act", *Regulation*, vol. 23, n. 1, 2000, pp. 21-24 y Jolls, C., "Accommodation mandates, *óp. cit.*, p. 273.

¹⁵ *Vid.* Blanck, P., *et al.*, "Calibrating the Impact of the ADA's Employment Provisions", *Stanford Law & Policy Review*, vol. 14, n. 2, 2003, pp. 267-290; Kruse, D. y Schur, L., "Employment of People with Disabilities Following the ADA", *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, vol. 42, n. 1, 2003, p. 31-66; y, Stein, M. A., "Labor Markets, Rationality, and Workers with Disabilities", *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 21, 2000, pp. 314-334.

Finalmente, el 1 de enero de 2009 se aprobó la “*Americans with Disabilities Act Amendments Act of 2008*” (en adelante, ADAAA), que introdujo cambios normativos que rechazaban de plano la tesis homogeneizadora, y sumamente excluyente, sostenida por el Tribunal Supremo¹⁶. Concretamente, la norma amplió el concepto de persona con discapacidad¹⁷, eliminó la ponderación de circunstancias individuales mitigadoras hasta ahora consideradas para la determinación de la existencia de discapacidad¹⁸, definió el término *major life activity* e incluyó una extensa lista – a título de ejemplo y no limitada – de las actividades incardinadas en este término¹⁹, entre otras modificaciones²⁰.

Como ya ha podido observarse, los cambios más importantes que introdujo la ADAAA no afectaron directamente a la obligación de realizar ajustes razonables, sino que se centraron en aspectos de incidencia indirecta de la obligación. Es cierto que la norma sigue presentando limitaciones²¹, pero tales modificaciones mejoraron la eficacia del cumplimiento de dicha obligación, facilitando su exigencia en un mayor número de supuestos y extendiendo el ámbito protector de la ADA.

¹⁶ La ADAAA recoge explícitamente, en la sección 2.a “Findings and purposes”, particularmente los apartados 4 a 8, la voluntad de reconducir la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo la cual “have narrowed the broad scope of protection intended to be afforded by the ADA, thus eliminating protection for many individuals whom Congress intended to protect”.

¹⁷ *Vid.* Sección 4.a de la ADAAA.

¹⁸ *Vid.* Sección 4.a de la ADAAA, que modifica la Sección 3.4.e de la ADA.

¹⁹ *Vid.* Sección 4.a de la ADAAA, que modifica la Sección 3.2 de la ADA.

²⁰ Para un estudio en profundidad de los cambios introducidos por la ADAAA, véase Barry, K., “Toward Universalism: What the ADA Amendments Act of 2008 Can and Can’t Do for Disability Rights”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 31, n. 2, 2010, pp. 203-284; Befort, S., “An Empirical Analysis of Case Outcomes Under the ADA Amendments Act”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 70, 2013, pp. 2042-2045; y, finalmente, Long, A., “Introducing the New and Improved Americans with Disabilities Act: Assessing the ADA Amendments Act of 2008”, *Northwestern University Law Review*, vol. 103, 2008, pp. 217-229.

²¹ *Vid.* Long, A., “Introducing the New and Improved Americans with Disabilities Act: Assessing the ADA Amendments Act of 2008”, *Northwestern University Law Review*, vol. 103, 2008, pp. 226-229, que señala como cuestiones no resueltas: a) el mantenimiento de la “single-job rule”, según la cual se exige que la discapacidad impida o dificulte la realización de trabajos incluidos en grupos profesionales, tal y como se señaló en la Sentencia Sutton et al. v. United Airlines, Inc, 527 U.S. 471 (1999); b) la falta de cobertura dentro de la definición del término “discapacidad” de aquellas que son de naturaleza transitoria o temporal; c) el silencio normativo respecto a si la interacción social debe considerarse una actividad de desarrollo de la vida cotidiana, cuestión ésta sobre la que existen pronunciamiento judiciales contradictorios [Jacques v. DiMarzio, Inc., 386 F.3d 192, 202 (2d Cir. 2004) y Soileau v. Guilford of Me., Inc., 105 F.3d 12, 15 (1st Cir. 1997)], tal y como señala el autor.

2.2 La configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en la legislación americana

2.2.1. La caracterización de la obligación de realizar ajustes razonables

La obligación de realizar ajustes razonables, tal y como ya se ha apuntado, se halla regulada en la redacción inicial de la ADA, y su configuración normativa se ha mantenido idéntica desde 1990. Según la sección 101.5 ADA, los sujetos obligados a realizar ajustes razonables serán los empresarios, administraciones locales o estatales²², agencias de empleo o sindicatos que hayan contratado 15 o más empleados en un periodo de 20 semanas²³.

Respecto al contenido de la obligación objeto de estudio, el apartado 9) de la sección 101 de la ADA contempla como ajustes razonables dos intervenciones empresariales: a) Adaptar las dependencias utilizadas por los trabajadores sin discapacidad, de tal forma que aquellas personas con discapacidad puedan acceder y utilizarlas; y b) Una serie de ajustes consistentes en reestructuraciones de puesto de trabajo, modificación de horarios, recolocación de personas con discapacidad en vacantes, adquisición o modificación de equipos o herramientas, entre otras. A continuación, el apartado 10) de la citada sección define el término “carga excesiva” como aquellas circunstancias que dificultan la realización de la adaptación del puesto de trabajo, condicionando así la obligatoriedad de los ajustes razonables a su concurrencia. Tales particularidades son la naturaleza y el coste del ajuste requerido o el número de personas contratadas en la empresa, entre otras. Como mecanismo de cumplimiento de la obligación, el apartado 5.b)²⁴ de la sección 102 prevé la no realización de ajustes razonables como conducta discriminatoria, salvo

²² Las agencias federales quedan expresamente excluidas *ex* sección 101.5.b ADA.

²³ Dentro de este cómputo también se incluyen los trabajadores a tiempo parcial, aunque éstos presten servicios un solo día a la semana, en virtud de la sentencia *Walters v. Metropolitan Educational Enterprises, Inc.* (95-259), 519 U.S. 202 (1997).

²⁴ En este sentido, el apartado a) de la sección 102 establece una regla general de no discriminación, y a continuación, en el apartado b), detalla una serie de comportamientos entre los que se incluye: “(5) (A) not making reasonable accommodations to the known physical or mental limitations of an otherwise qualified individual with a disability who is an applicant or employee, unless such covered entity can demonstrate that the accommodation would impose an undue hardship on the operation of the business of such covered entity”.

que ello suponga la existencia de carga excesiva.

De forma complementaria a la configuración legal plasmada en la ADA, se dictaron una serie de disposiciones por la EEOC, la agencia administrativa encargada de la aprobación de normas para la implementación de la ADA, que actúan como soporte interpretativo de ésta, y cuya importancia es capital a la luz de la doctrina *Chevron*²⁵. Tales preceptos se hallan incluidos en la letra o) de la sección 1630.2 del título 29 del *Code of Federal Regulations* (en adelante CFR), y ofrecen un marco detallado sobre cuestiones muy particulares de la obligación de realizar ajustes razonables.

En particular, la citada sección establece una definición del significado de ajuste razonable idéntica a la prevista por la ADA pero contextualizada en tres ámbitos distintos, a saber, un estadio previo a la relación laboral, relativo a las adaptaciones requeridas en los procesos de selección de personal, y otro ámbito que se extiende durante toda la relación laboral, en el que se engloban aquellos ajustes requeridos para la realización de las funciones esenciales en un puesto de trabajo determinado así como las modificaciones destinadas a asegurar el disfrute de los beneficios o privilegios que ostenten otros trabajadores sin discapacidad.

Paralelamente, la norma²⁶ contempla una serie de adaptaciones muy diversas que podrían ser consideradas ajustes razonables, y las clasifica en dos categorías. Dentro de la primera de ellas se incluyen, bajo una fórmula sumamente amplia²⁷, todas aquellas modificaciones físicas de las instalaciones empresariales que doten a los espacios u objetos de las condiciones adecuadas de accesibilidad para que las personas con discapacidad puedan trabajar en plena igualdad de condiciones. El segundo grupo, en cambio, prescribe una serie de cambios relacionados con la organización y desarrollo del trabajo, entre las que destacan la alteración de la distribución del tiempo de trabajo, la recolocación del trabajador a un puesto de trabajo vacante, la modificaciones de los equipos, las políticas o los materiales empleados en la formación inherente

²⁵ *Vid.* *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 467 U.S. 83, que estableció la doctrina de la deferencia administrativa, según la cual los tribunales americanos deben conceder prioridad eficacia aplicativa a la interpretación que realiza la agencia administrativa, siempre y cuando se constate que la ley es ambigua o contiene lagunas normativas y la interpretación que efectúa la agencia es razonable.

Una aproximación crítica a dicha doctrina puede hallarse en Pérez Alonso, J. “¿El ocaso de Chevron? Auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo”, *Revista de administración pública*, n. 184, 2011, p. 325-348.

²⁶ *Vid.* 29 CFR 1630.2.o.2

²⁷ La expresión que utiliza el precepto es la siguiente: “*Making existing facilities used by employees readily accessible to and usable by individuals with disabilities*”.

al puesto de trabajo a desarrollar, entre otros²⁸. A estos ajustes debe sumársele una adecuación no prescrita por la norma pero aceptada por la jurisprudencia²⁹, que es la denominada “*leave of absence*”, que permite a aquellos trabajadores que lo requieran ausentarse temporalmente de su puesto de trabajo por motivos médicos.

2.2.2. El proceso interactivo

Uno de los puntos más interesantes de la legislación americana en materia de ajustes razonables es la previsión, contenida en la sección 1630.2.o.3 CFR, de la necesidad de iniciar un proceso³⁰ interactivo y exento de formalidades en el que el empleador y el trabajador con discapacidad determinarán el ajuste razonable a realizar, las nuevas necesidades resultantes de la discapacidad y cómo la modificación contribuirá a superar las dificultades inherentes al cambio que la discapacidad conlleva. Atendiendo a la importancia que este procedimiento puede tener en la práctica, se incluyen dentro del apéndice a la sección 1630 CFR algunas indicaciones sobre cómo debe afrontarse este proceso de carácter informal así como una breve guía con 4 pasos que ambas partes deben abordar durante el transcurso del mismo³¹.

A propósito de su desarrollo, conviene destacar que la jurisprudencia ha precisado que no se trata de una negociación entre las partes sino de un proceso cuyo cumplimiento corresponde al empresario³², que será el

²⁸ La lista completa de los distintos ejemplos previstos es la siguiente: “*Job restructuring; part-time or modified work schedules; reassignment to a vacant position; acquisition or modifications of equipment or devices; appropriate adjustment or modifications of examinations, training materials, or policies; the provision of qualified readers or interpreters; and other similar accommodations for individuals with disabilities.*”

²⁹ *Vid.* Cehrs v. Northeast Ohio Alzheimer's Research Cent., (6th Cir. 1998) y Criado v. IBM Corp (1st Cir. 1998).

³⁰ Para un análisis en profundidad sobre los orígenes de este procedimiento, véase Autry, J. R., “Reasonable Accommodation Under the ADA: Are Employers Required to Participate in the Interactive Process? The Courts Say “YES” But the Law Says “NO””, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 79, 2003, pp. 674-677.

³¹ Concretamente, la norma detalla 4 pasos: a) Analizar las funciones esenciales del puesto de trabajo; b) Consultar con el trabajador cuales son las nuevas necesidades derivadas de la discapacidad y cómo éstas pueden ser afrontadas con el ajuste razonable a realizar; c) Identificar, junto al trabajador, qué modificaciones pueden aplicarse y cómo contribuirán efectivamente al normal desarrollo de las funciones profesionales; y, finalmente, d) considerar las preferencias que el trabajador manifieste y efectuar la adaptación que mejor se ajuste a los intereses del trabajador y el empleador.

³² *Vid.* Terri L. Stewart v. Happy Herman's Cheshire Bridge, Inc., 117 F.3d 1278 (11th

sujeto obligado a su desarrollo³³ y decidirá, en último término, qué adaptación es la más efectiva considerando las nuevas necesidades del trabajador³⁴. De esta manera, el trabajador no puede exigir al empresario que realice una modificación específica, así como tampoco está obligado a aceptar un ajuste que no le permita desarrollar las funciones esenciales de su puesto de trabajo³⁵.

Sin embargo, existe una cuestión particularmente importante en este procedimiento, sobre la que no existe consenso a día de hoy en la doctrina judicial. Se trata de la determinación de la responsabilidad derivada de la no participación empresarial en el proceso informal. Diversas sentencias sostienen que sólo existirá responsabilidad del empresario en caso de que no cumpla la obligación de realizar los ajustes razonables necesarios³⁶,

Circ. 1997), que señala que *“whatever the obligations of an employer are under the ADA to accommodate an employee, they do not extend to engaging in generalized negotiations with an employee concerning the employer’s workplace rules and policies [...] The ADA thus requires that employers reasonably accommodate 285. qualified individuals with a disability, not that employers negotiate with disabled individuals [...]”*.

³³ Sobre esta cuestión, véase las sentencias *Barnett v. United Airlines, Inc* 228 95F.3d 1105, 1114 (9th Cir. 2000), *Fjellestad v. Pizza Hut of Am., Inc.*, 188 F.3d 944, 952 (8th Cir. 1999); *Taylor v. Phoenixville Sch. Dist.*, 184 F.3d 296, 312 (3rd Cir. 1999).

No obstante, se ha de advertir que otras sentencias han sostenido que el proceso informal previsto en la sección 1630.2.o.3 no es obligatorio, siendo preceptivo únicamente el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. En este sentido, véase *Willis v. Conopco, Inc.*, 108 F.3d 282, 285 (11th Cir. 1997) y *White v. York Int’l Corp.*, 45 F.3d 357,363 (10th Cir. 1995).

³⁴ *Vid. Gile v. United Airlines, Inc.* 95 F.3d 492 (7th Cir. 1996), que indica *“The ADA thus mandates that an employer make reasonable accommodations only if accommodation would permit the disabled employee to perform her job, and an employer need not grant a disabled employee’s request accommodation that would be an inefficacious change.”*

³⁵ *Vid. Hankins v. The Gap, Inc.*, 84 F.3d 797 (6th Cir. 1996), que destaca que *“[...]an employee cannot make his employer provide a specific accommodation[...]Although an employee is not required to accept an offered accommodation, “if such individual rejects a reasonable accommodation . that is necessary to enable the individual to perform the essential functions of the position [...]”*.

³⁶ *Vid. Kvorjak v. Maine*, 259 F.3d 48 (1st Cir. 2001) que afirma que *“the statute’s implementing regulations state that it “may” be necessary for an employer to initiate a dialogue with an employee in order to determine an appropriate accommodation [...]Even in the most rigorous version [...] liability nonetheless depends on a finding that, had a good faith interactive process occurred, the parties could have found a reasonable accommodation that would enable the disabled person to perform the job’s essential functions”*, y en este mismo sentido, véase también *Rehling v. City of Chicago*, F.3d 1009, 1016 (7th Cir. 2000) que sostiene que *“Because the interactive process is not an end in itself, it is not sufficient for Rehling to show that the City failed to engage in an interactive process or that it caused the interactive process to break down. Rather, Rehling must show that the result of the inadequate interactive process was the failure of the City to fulfill its role in “determining what specific actions must be taken by an employer” in order to provide the qualified individual a reasonable accommodation”*.

restando así importancia al proceso interactivo. En cambio, la sentencia *Beck v. University of Wisconsin*, 75 F.3d, 1130 (7th Cir. 1996) defiende que la conducta consistente en la obstrucción del proceso por una de las partes muestra una actuación viciada por la mala fe, y sugiere que los tribunales deben analizar cuál es la causa de la imposibilidad de iniciar, continuar o concluir el proceso y asignar la responsabilidad correspondiente.

Ambas posturas contemplan una preponderancia de la obligación de realizar ajustes razonables, identificando el procedimiento informal de interacción como una fase accesoria previa al cumplimiento de la obligación. Ahora bien, no puede omitirse la importancia que la participación empresarial ostenta en el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. Y en este sentido, la obstaculización del proceso, aún siendo informal, es sumamente peligrosa pues puede provocar una detección incorrecta del ajuste razonable a realizar, que supondría a todas luces un incumplimiento de la obligación. Todo ello nos conduce a afirmar que el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables absorbería una hipotética conducta de mala fe en el marco del proceso informal previo, ya que la detección del ajuste razonable no se adaptaría a las nuevas necesidades y, por lo tanto, no sería efectivo. Además, teniendo en cuenta que la realización del citado proceso informal se contempla como potestativa³⁷, no puede derivarse una responsabilidad independiente del incumplimiento de dicho proceso.

2.2.3. La determinación de la carga excesiva

Otra de las grandes cuestiones que plantea la obligación de realizar ajustes razonables es la exigencia de valorar la existencia de circunstancias que puedan calificarse como carga excesiva, la concurrencia de las cuales supondrá que el empleador será eximido del cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables.

La norma define la carga excesiva como aquellas dificultades significativas o gastos en los que incurra el sujeto obligado a realizar los ajustes razonables³⁸, teniendo en cuenta una serie de factores. Dichos

³⁷ Así se deriva de una lectura literal de la sección 1630.2.o.3 CFR, que contempla “*To determine the appropriate reasonable accommodation it may be necessary for the covered entity to initiate an informal, interactive process [...]*”.

³⁸ En concreto, el texto literal del precepto prevé: “*In general. Undue hardship means, with respect to the provision of an accommodation, significant difficulty or expense incurred by a covered entity, when considered in light of the factors set forth in paragraph (p)(2) of this section*”.

condicionantes se hallan en la sección 1630.2.p.2 CFR, e incluyen modificaciones y circunstancias que no aparecen en la ADA, como por ejemplo la consideración de la existencia de créditos, deducciones y financiación externa³⁹, la supresión de la valoración del impacto que el ajuste razonable pueda generar sobre el funcionamiento u organización de las dependencias empresariales⁴⁰ y la inclusión de un nuevo apartado que exige evaluar los efectos de la adaptación en la organización empresarial apreciando explícitamente cómo afectará el ajuste razonable en el desempeño de las tareas profesionales de otros trabajadores y en la gestión empresarial⁴¹.

Como puede observarse, la naturaleza de esta excepción al cumplimiento de la obligación requiere un estudio individualizado de cada situación, dado que las circunstancias en los entornos empresariales pueden ser totalmente distintas. En este sentido, el legislador americano deja claro que la existencia de carga excesiva requiere un examen global de la realidad empresarial; no bastará con analizar el coste económico de la adaptación en cuestión. Antes al contrario, se huye de una concepción puramente económica y se exige al empleador que para acogerse a esta excepción demuestre que la realización de la adaptación perjudica el mantenimiento del nivel de ingresos empresarial o genera disfunciones organizativas en el funcionamiento empresarial. No obstante, es necesario destacar que si bien la contextualización del ajuste razonable en la actividad empresarial es absolutamente necesaria, el análisis del cumplimiento de la obligación por los tribunales requerirá un equilibrio entre el cumplimiento de la obligación y la viabilidad empresarial⁴².

Paralelamente, la regulación de la carga excesiva, atendiendo a la necesidad de realizar un análisis individualizado, provoca una cierta inseguridad jurídica a los operadores. La valoración de los factores previstos normativamente es sumamente ambigua, y debe criticarse que el legislador no haya plasmado pautas o criterios interpretativos que ofrezcan unas

³⁹ El texto literal del precepto prevé: “(i) *The nature and net cost of the accommodation needed under this part, taking into consideration the availability of tax credits and deductions, and/or outside funding*”.

⁴⁰ Concretamente, la sección 1630.2.p CFR suprime la expresión “[...] *or the impact otherwise of such accommodation upon the operation of the facility*”, contenida en el apartado 10 de la sección 101 ADA.

⁴¹ En particular, el texto literal de este nuevo factor introducido en la sección 1630.2.p CFR es el siguiente: “(v) *The impact of the accommodation upon the operation of the facility, including the impact on the ability of other employees to perform their duties and the impact on the facility's ability to conduct business*”.

⁴² *Vid.* Brandfield, J, “Undue Hardship: Title I of the Americans with Disabilities Act”, *Fordham Law Review*, vol. 59, n. 1, 1990, p. 126.

directrices sobre cómo afectarán al cumplimiento de la obligación. Como consecuencia, nos encontramos ante la traslación a los tribunales de la valoración de los indicadores propuestos por la norma, cuya interpretación se deja al libre arbitrio de aquellos, lo cual dificulta el cumplimiento efectivo de la obligación de realizar ajustes razonables. En aras de dar solución a estas carencias, la doctrina científica⁴³ ha propuesto algunas medidas interesantes que deberían ser consideradas por el legislador americano, tales como establecer una presunción *iuris tantum*, en sede judicial, de la no excesividad de la carga del ajuste razonable, restringir la aplicación de la carga excesiva como excepción únicamente aplicable en situaciones muy concretas⁴⁴ u objetivizar la regulación de los factores que permiten apreciar la existencia de carga excesiva⁴⁵.

2.2.4. Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables

Por último, los apartados a) y b) de la sección 1630.9 CFR identifican como conducta discriminatoria el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables, así como aquellas limitaciones en materia de empleo que el trabajador sufra como consecuencia de la necesidad de realizar adaptaciones del puesto de trabajo. Las consecuencias previstas normativamente ante tales comportamientos se hallan previstas en las secciones 1981a y 2000e-5.g del título 42 del *U.S Code* (en adelante, U.S.C.), disposiciones éstas aplicables en virtud de la remisión que efectúa la sección 117.a de la ADA, y cuyos efectos serán acumulativos siempre y cuando concurren los requisitos exigidos en cada una de ellas.

La sección 1981a contempla la posibilidad de solicitar una indemnización de daños compensatorios⁴⁶ y punitivos que se calculara en función de la

⁴³ *Vid. ibid.*, p. 121 y ss., y en especial, p. 131.

⁴⁴ Concretamente, *ibid.*, p. 127 que debería limitarse la excepción al cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables “*only when the accommodation causes “significant difficulty or expense,” is “unduly costly, extensive, substantial, disruptive” or “fundamentally alter[s] the nature of the [business]”*”.

⁴⁵ *Vid. Ibid.*, p. 131, que propone la apreciación de la carga excesiva cuando el cumplimiento del ajuste razonable genere un porcentaje a determinar por el legislador de descenso en el margen de beneficio neto o en el cambio de las tareas profesionales de un número a determinar por el legislador de trabajadores.

⁴⁶ Este concepto engloba “*future pecuniary losses, emotional pain, suffering, inconvenience, mental anguish, loss of enjoyment of life, and other nonpecuniary losses*”, tal y como identifica la sección 1981.b.3 del título 42 U.S.C.

plantilla⁴⁷ del empleador, y la suma de ambas puede oscilar entre \$50.000 y \$300.000. Llama la atención que la sección 1981.a.3 del título 42 U.S.C. elimine la posibilidad de conceder las citadas indemnizaciones en aquellos supuestos en los que el empleador demuestre que ha actuado de buena fe. El ámbito de su apreciación se circunscribe al examen de las comunicaciones acontecidas con el trabajador con discapacidad una vez se ha comunicado la necesidad de realizar la adaptación, la identificación del ajuste razonable a aplicar y que éste no suponga una carga excesiva. Como puede observarse, el proceso informal previsto en la sección 1630.2.o.3 CFR, aún sin ser explícitamente mencionado, cobra una importancia vital en el marco de la determinación del pago de una indemnización por daños y perjuicios, pues se sitúa como eje central demostrativo de la buena fe empresarial y su desarrollo condicionará la percepción de la citada indemnización.

Paralelamente, la sección 2000e-5.g.1 del título 42 U.S.C. establece que la existencia de un comportamiento discriminatorio dará lugar a la solicitud y reconocimiento de la “*affirmative action*” que mejor se adapte al caso concreto, término éste que incluye medidas como la readmisión del trabajador o la contratación como trabajadores en aquellos supuestos en los que la discriminación se haya producido en el proceso de selección. Asimismo, este precepto incluye la posibilidad de que puedan solicitarse salarios devengados con carácter retroactivo, limitándose éstos, en caso de estimarse, a un periodo de 2 años desde la formalización de la “*charge of discrimination*”⁴⁸ ante la EEOC.

⁴⁷ La sección 1981.b.3 del título 42 U.S.C prescribe las siguientes cantidades en función de la plantilla de trabajadores empleados: a) \$50.000 si el número de trabajadores es de 15 a 100; b) \$100.000 si el número de trabajadores es de 101 a 200; c) \$200.000 si el número de trabajadores es de 201 a 500; y, finalmente, d) \$300.000 si el empleador ostenta una plantilla de más de 500 trabajadores.

⁴⁸ Esta reclamación, que podrá realizarse personalmente o por correo al amparo de la sección 1601.8 del título 29 CFR, se formaliza ante la EEOC y es el paso previo a la reclamación judicial, denominada “*job discrimination lawsuit*”. El plazo para su formalización es de 180 días desde la producción del comportamiento discriminatorio *ex* sección 1601.13.a.1 del título 29 CFR.

3. La obligación de realizar ajustes razonables en España

3.1. La introducción de los “ajustes razonables” en España: La directiva 2000/78 CE y su transposición al ordenamiento jurídico español

La introducción de la obligación de realizar ajustes razonables en Europa se produjo a través 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). La Directiva, al igual que la Convención, asume una naturaleza asimétrica⁴⁹ en el tratamiento legal de la discapacidad, esto es, excluye del ámbito protector y de la aplicación de las medidas previstas en la normativa a aquellas personas que no presentan una discapacidad en los términos definidos legalmente. Este hecho, sumado a la falta de una definición en la Dir. 2000/78 del concepto de personas con discapacidad *ha propiciado la proliferación de definiciones con matices diferentes en cada estado miembro*⁵⁰, y, en consecuencia, se ha dificultado la consolidación de una concepción homogénea e inclusiva en el ámbito de la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad. No obstante, debe destacarse positivamente que, en su momento, la Dir. 2000/78 fue un avance importantísimo ya que obligó a los Estados Miembros a armonizar sus legislaciones, creando un marco común en materia de igualdad y no discriminación, que pese a sus defectos, supuso una primera intervención europea más que satisfactoria.

El artículo 5 de la Dir. 2000/78 contempla la obligación de realizar ajustes razonables basándose en la existencia de una dificultad en la interacción entre alguna característica individual del trabajador y el entorno en el que éste presta sus servicios, de tal forma que le impide cumplir con las funciones esenciales inherentes a su puesto de trabajo⁵¹. Así, la

⁴⁹ *Vid.* Waddington, L., “Not disabled enough”: how European Courts filter non-discrimination claims through a narrow view of disability, *European Journal of Human Rights*, n. 1, 2015, p. 14-15, y más en profundidad, Waddington, L. “Implementing the framework Employment Directive” en Lawson, A. y Gooding, C. (eds), *Disability rights in Europe. From theory to practice*, Hart, Oxford, 2005, p. 107 y pp. 113-117.

⁵⁰ *Vid.* Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “La obligación de realizar ajustes razonables...”, *óp. cit.*, p. 92 y 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, Luxemburgo, 2009, pp. 19-23.

⁵¹ *Vid.* Waddington, L., “Chapter Six, Reasonable Accommodation, Section 6.1.1”, en Schiek, D., Waddington L. y Bell, M. (eds.), *Cases, Material and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Editorial Hart Publishing, Oxford,

obligatoriedad de los ajustes se justifica por la situación de desventaja y exclusión que genera la discapacidad en los distintos ámbitos de la relación laboral. Por lo tanto, los empleadores están obligados a reconocer las características individuales de los trabajadores con discapacidad⁵² y tomar las medidas oportunas para que no exista un trato diferenciado, eximiéndose del cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables únicamente si se aprecia la existencia de carga excesiva. El legislador europeo opta, en este punto, por definir la carga excesiva de forma negativa; esto es, califica como no excesiva aquellos casos en los que las actuaciones a efectuar sean paliadas en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro.

A nivel español, la transposición de la obligación de realizar ajustes razonables se llevo a cabo mediante el artículo 38.2 de la Ley 62/2003 de 30 de Diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social (en adelante, Ley 62/2003), que supuso la creación del artículo 37.bis.2 de la Ley 13/1982, de 7 de Abril, de integración social de los minusválidos (en adelante, LISMI), actualmente derogado⁵³, dando así por cumplido el mandato del legislador europeo.

Un examen comparativo entre la redacción del artículo 5 de la Dir. 2000/78/CE y el artículo 37.bis LISMI muestra que la primera parte de la caracterización de la obligación de realizar ajustes razonables se mantiene prácticamente intacta. Sin embargo, el legislador español fue más allá de la Directiva en la determinación de la carga excesiva, exención ésta en la que se decidió concretar la expresión europea “[...] medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades⁵⁴” y se introducen diversos factores para valorar su apreciación, tales como “[...] 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 empresa⁵⁵”.

2007, p. 631.

⁵² *Vid.* Waddington, L., “Fine-tuning non-discrimination...” *óp. cit.*, p. 13.

⁵³ La derogación de esta norma se produjo por la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, disposición ésta sobre la cual nos detendremos al final del presente apartado.

⁵⁴ *Vid.* artículo 5 *in fine* Dir. 2000/78.

⁵⁵ *Vid.* artículo 37.bis.2 *in fine* LISMI.

3.2 La configuración española de la obligación de realizar ajustes razonables

3.2.1. La caracterización de los ajustes razonables

En la actualidad, los ajustes razonables se definen en el artículo 2.m del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante RDL 1/2013), como *las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida [...], para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.*

Como característica inherente a la obligación, el legislador exige que los ajustes sean razonables. La razonabilidad ha sido una de las cuestiones que exigía una definición, ya que sólo aquellas adaptaciones que se consideren razonables se incluirán dentro del ámbito exigible de la obligación. En este sentido, el artículo 66 RDL 1/2013 define los factores⁵⁶ que deben tenerse en cuenta para que la modificación asuma el carácter de razonable, y se ha de señalar que resultan del todo adecuados. La diversidad de circunstancias que el legislador introduce para valorar la razonabilidad ofrece indicadores suficientes para efectuar una ponderación equilibrada, lo cual debe ser destacado positivamente.

El enfoque desde una perspectiva laboral de los ajustes razonables se halla previsto en el artículo 40.2 RDL 1/2013 y obliga al empresario a realizar las adaptaciones necesarias *con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.* La doctrina⁵⁷ ha entendido que puede hablarse de *una doble categoría de medidas a adoptar*, que incluirían: *a) las medidas estructurales, referidas a aspectos físicos o de accesibilidad, y b) las medidas organizativas que se vinculan a los aspectos relacionados*

⁵⁶ Concretamente, la norma exige considerar “los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda”.

⁵⁷ Vid. Esteban Legarreta, R. y Núñez González, C., “Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo” en AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lleida, 2004, p. 574, que cita a Garrido Pérez, E., “El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”, *Temas laborales*, n. 59, 2001, p. 184.

con la gestión del personal. Sin embargo, el legislador ofrece una definición general de los ajustes razonables que no establece ningún tipo de clasificación, extremo éste que debe ser criticado. Los efectos de esta omisión condicionan la eficacia del cumplimiento de la realización de ajustes razonables, toda vez que impide la delimitación efectiva del objeto de la obligación y no permiten establecer priorizaciones de cambios o adaptaciones en aras de modular la existencia de carga excesiva.

La generalidad del objeto de los ajustes razonables conduce a destacar el carácter universal de la obligación⁵⁸. El planteamiento del legislador español se construye apoyándose en la ambigüedad inherente en la expresión *medidas adecuadas* y la exigencia de que éstas se apliquen *en función de las necesidades de cada situación concreta*. Este esquema plantea problemas en la determinación del cumplimiento de la obligación, pues dificulta sustancialmente la detección de los ajustes a realizar y su tipología, generándose, en abstracto, infinitas opciones de ajuste. Además, la falta de precisión del término “medidas adecuadas”, agravado por la correlación que la norma establece respecto a una serie de ámbitos⁵⁹, ofrece un margen interpretativo excesivamente amplio, y debería prevalecer un enfoque que priorizase el mantenimiento del trabajador en el puesto de trabajo, y no sólo el desempeño de las tareas profesionales propio de aquel.

Desde un punto de vista subjetivo, el cumplimiento de la obligación objeto de estudio corresponde a los empresarios. A diferencia de la legislación americana, la norma no establece ninguna condición que el empresario deba cumplir, lo cual es sumamente positivo porque incide en la integración de las personas con discapacidad en aquellas empresas en las que no existe obligación de reservar puestos de trabajo para personas con discapacidad⁶⁰. No obstante, la exclusividad⁶¹ del empresario como sujeto que debe cumplir la obligación limita el campo de exigencia de la norma únicamente a aquellas situaciones en las que exista relación laboral, descartando así supuestos análogos⁶² en los que no existe empresario y se

⁵⁸ *Vid. Ibid.*, p. 571.

⁵⁹ En este sentido, el artículo 40.2 RDL 1/2013 se refiere a “acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación”.

⁶⁰ El artículo 42.1 RDL 1/2013 prevé que la obligación de reservar puestos de trabajo para personas con discapacidad será exigible a aquellas empresas que empleen a 50 o más trabajadores.

⁶¹ *Vid.* De Lorenzo, R. y Cabra de Luna, A., “Análisis de la nueva legislación sobre no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal”, en De Lorenzo, R. (Dir.) y Pérez Bueno, L.C. (Dir.): *Tratado sobre Discapacidad*, Editorial Thompson Aranzadi, Navarra, 2007, p. 685.

⁶² Algunos ejemplos de dichas situaciones serían las condenas que supongan la

requieren adaptaciones.

Por otro lado, el sujeto que podrá exigir el cumplimiento de la obligación, y que a su vez se beneficiarán de ella, será cualquier persona con discapacidad que presten o vayan a prestar servicios en la organización o empresa, así como cualquier trabajador que adquiera dicha condición a lo largo de la relación laboral. Sin ánimo de entrar a valorar el concepto de persona con discapacidad⁶³, resulta de interés reflexionar respecto a la exclusividad de las personas con discapacidad como únicos sujetos que pueden exigir y beneficiarse de esta obligación. La preocupación del legislador, tanto europeo como español, se ha centrado en las personas con discapacidad, omitiéndose otros colectivos que, paradójicamente, son los que originaron la existencia del concepto de ajuste razonable⁶⁴. En efecto, nos referimos, a aquellas personas que profesen una determinada religión, y a consecuencia de ello, necesiten la adaptación del puesto de trabajo para compatibilizar el ejercicio de la libertad religiosa *ex* artículo 16.1 C.E. con la prestación de servicios laboral. La tesis que defiende la ampliación del ámbito subjetivo pasivo ha sido defendida por la doctrina⁶⁵, que aboga por la inclusión de tales colectivos como sujetos pasivos que pueden exigir el cumplimiento de la ya citada obligación. La conveniencia de dar cabida a este tipo de situaciones dentro del ámbito subjetivo de la obligación objeto de estudio es capital y resultaría una vía idónea para materializar la igualdad real y efectiva predicada en el artículo 9.2 C.E. en relación con el art. 35.1 y 40.1 *in fine* C.E.

Otro punto sobre el que debemos detenernos en el análisis de la configuración de la obligación es su alcance objetivo. El artículo 40.2 RDL 1/2013 establece, en este sentido, “[...] acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la

realización de trabajos a la comunidad, enmarcadas como prestaciones personales obligatorias, la prestación de servicios en el ámbito de las relaciones laborales especiales de los deportistas profesionales con discapacidad, la prestación de servicios de las personas con discapacidad ingresadas en prisión o, tal y como señala Cordero Gordillo, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 145, las entidades que imparten formación profesional, servicios de colocación o sindicatos que realicen formación u orientación profesional a trabajadores con discapacidad desempleados.

⁶³ A tal efecto, véase Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “La obligación de realizar ajustes razonables...”, *óp. cit.*, pp. 89-96.

⁶⁴ Véase *in extenso* el apartado 1 del Capítulo I del presente estudio.

⁶⁵ *Vid.* Molina Navarrete, C., “Del “principio” al “derecho” de igualdad de oportunidades. Las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n. 251, vol. 2, 2004, p. 161.

formación [...]” como fines que la obligación de realizar ajustes razonables debe cumplir en relación a las personas con discapacidad. Esta delimitación incluye prácticamente la totalidad de las vicisitudes de la relación laboral, y supone que podamos hablar de una caracterización permanente y dinámica de la obligación, que permitirá exigir su cumplimiento en cualquier momento de la relación laboral, o incluso en un estado previo a ésta. De hecho, el acceso al empleo y formación, el desempeño del trabajo y la progresión profesional coinciden temporalmente con el inicio y desarrollo de la relación laboral, lo que significa, tal y como ya se ha señalado, que la exigibilidad de la obligación se extenderá en cualquier momento desde el estadio previo a la relación laboral⁶⁶ hasta el desarrollo de la misma.

Finalmente, especial comentario merece el sistema arbitral introducido como novedad en el artículo 74 RDL 1/2013. El citado precepto prevé la creación, por parte del gobierno, de un sistema arbitral *que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación*. Si bien a día de hoy aún no se halla desarrollado, debe destacarse que su encaje en la obligación de realizar ajustes razonables es sumamente positivo *ex* artículo 66.2 *in fine* RDL 1/2013, ya que ofrece al trabajador una vía mucho menos costosa y más rápida que la judicial para denunciar aquellas irregularidades relativas al cumplimiento de la citada obligación, aunque requerirá el sometimiento voluntario de ambas partes. La composición del Tribunal Arbitral, que estarán integrados *por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y de las administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias* *ex* artículo 74.3 RDL 1/2013, es una cuestión a destacar positivamente ya que permitirá que aquellas personas que acudan a esta medida voluntaria puedan obtener una respuesta por profesionales con una especial vinculación con el mundo de la discapacidad.

3.2.2 Los límites a la obligación de realizar ajustes razonables: La carga excesiva

La obligación de realizar ajustes razonables no es una obligación absoluta,

⁶⁶ La expresión *acceso al empleo*, constatada en el artículo 40.2 RDL 1/2013 incluye ineludiblemente los procesos de selección de personal en los que se presenten personas con discapacidad.

puesto que *existe una colisión frontal entre los derechos de los trabajadores y del empresario*⁶⁷ que exige analizar la razonabilidad de la medida. La norma ofrece *ex artículo 66.2 RDL 1/2013* una serie de factores que permiten determinar cuando los ajustes serán razonables.

Pero más allá del análisis de esta característica, esta obligación contempla una condición cuya existencia exige de su cumplimiento. Tal factor es la denominada carga excesiva, y se halla caracterizada en el párrafo segundo del artículo 40.2 RDL 1/2013. Para valorar si una carga es excesiva, el segundo párrafo del artículo 40.2 RDL 1/2013 prevé 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*. Como puede observarse, el concepto de carga excesiva *no es un concepto estático ni uniforme para todo tipo de empresas*⁶⁸, y en consecuencia, se trata de un elemento cuya ponderación deberá valorarse *ad casum*.

La marcada necesidad de examinar en cada caso la magnitud de la carga que debe asumir el empresario deja patente una serie de deficiencias en la norma que deben ser objeto de comentario. La primera de ellas es la omisión como factor de la valoración de los efectos discriminatorios derivados de la no adopción de las medidas oportunas, particularidad ésta que si se tendrá en cuenta en el análisis de la ponderación de la razonabilidad del ajuste. Esta omisión, que ya existía en la normativa anterior, supone una evaluación absolutamente sesgada por un criterio económico que no tiene en cuenta el impacto que supone para la persona con discapacidad, tal y como ya señaló la doctrina⁶⁹, y se aparta de la finalidad protectora de la norma al intentar objetivizar la exención de la obligación.

Paralelamente, llama la atención que el legislador no establezca ningún criterio de prioridad en la valoración de los factores contemplados. El artículo 40.2 RDL 1/2013 enumera los elementos mencionados anteriormente, que serán tratados a continuación de forma individual, pero no establece ningún orden o prioridad en el análisis de los mismos. Este hecho dificulta una correcta ponderación de los factores determinantes de la carga excesiva y genera inseguridad jurídica a los operadores, que no ostentan ninguna referencia respecto a cómo valorar

⁶⁷ *Vid.* Esteban Legarreta, R. y Núñez González, C., *Igualdad de oportunidades, discapacidad...*, *óp. cit.*, p. 571.

⁶⁸ *Vid.* Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “La obligación de realizar ajustes razonables...”, *óp. cit.*, p. 107.

⁶⁹ *Vid.* Esteban Legarreta, R. y Núñez González, C., *Igualdad de oportunidades, discapacidad...*, *óp. cit.*, p. 576.

los diversos condicionantes y qué importancia debe otorgarse a cada uno de ellos. Atendiendo a la importancia de la calificación como excesiva de la carga en aras del cumplimiento de la obligación objeto de estudio, sería deseable que se plasmasen una serie de pautas que ofrezcan un marco interpretativo de las distintas circunstancias que la integren, y permita, a cualquier empresario, conocer con cierta seguridad cuando una adaptación podría ser calificada como carga excesiva.

1) El papel de las ayudas públicas

El primero de los elementos plasmados en el artículo 40.2 RDL 1/2013 es la consideración de las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad. Concretamente, el legislador ha previsto su valoración a efectos de constatar si la realización de la adaptación *es paliada en grado suficiente* por las medidas estatales destinadas a las personas con discapacidad.

Si bien la *voluntas legislatoris* pretende que la valoración de la carga se supedite parcialmente a la batería de medidas de integración que el Gobierno apruebe en relación al citado colectivo, destaca negativamente que, ante un escenario sumamente pobre de este tipo de medidas, se plasme una conexión entre éstas y la determinación de la carga excesiva. En efecto, la incentivación del empleo de las personas con discapacidad en nuestro país no destaca precisamente por la cantidad de ayudas y subvenciones, siendo sus dotaciones más bien modestas⁷⁰, y en consecuencia, sorprende que el legislador abogue por adoptar un enfoque general sin indicar cómo debe ponderarse esta circunstancia así como tampoco cual es el significado de la expresión “suficiente”, que dependerá de la política de incentivos del Gobierno, en relación a las demás previstas en el artículo 40.2 RDL 1/2013. Es cierto que el artículo 66.2 RDL 1/2013 contempla la posibilidad de que las Administraciones públicas establezcan un régimen de ayudas para sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables, pero el legislador no se ha preocupado en exceso de construir un marco de medidas, ayudas y subvenciones suficiente para potenciar el cumplimiento de la obligación objeto de estudio.

De hecho, la única medida que se ajusta al objeto de la obligación de

⁷⁰ Para un estudio en profundidad de las bonificaciones de cuotas empresariales a la Seguridad Social y las subvenciones económicas directas en el marco del empleo de las personas con discapacidad, véase Esteban Legarreta, R. y Gutiérrez Colominas, D., “La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo”, *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, vol. 2, n. 1, 2014, pp. 7-32.

realizar ajustes razonables es la subvención prevista en el artículo 12 del Real Decreto 1451/1983, 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 (en adelante RD 1451/1983). La concreción de la cuantía, los requisitos y las obligaciones del beneficiario, entre otras, las hallamos en la Orden de 13 de Abril de 1994 por la que se regula la concesión de las ayudas y subvenciones sobre fomento del empleo de los trabajadores minusválidos que establece el capítulo II del R.D. 1451/1983. La cuantía de la subvención se constata en el artículo 1.2 de la citada Orden, y asciende a un máximo de 901,52.-Euros⁷¹, cantidad ésta que el legislador estipuló en el año 1994, mucho antes de la transposición de la Dir. 2000/78/CE, y cuyo importe no ha sido actualizado conforme a las fluctuaciones del Índice de Precios al Consumo (IPC).

Así pues, la escasa cantidad prevista para la subvención destinada a la adaptación de los puestos de trabajo pone de relieve el escaso protagonismo de este factor para ponderar la excesividad de la carga, y sumado a la vaguedad implícita en la expresión “*paliar en grado suficiente*”, suponen que no se defina el alcance y la repercusión de las ayudas y/o subvenciones públicas en la valoración de la exención.

II) Los costes de la adaptación del puesto de trabajo

Otros elementos que se valorarán para determinar la excesividad de la carga son *los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen*. El carácter marcadamente económico que deriva de valorar un parámetro económico como son los costes financieros, ya evidencia que el legislador, tanto europeo como español, ha querido plasmar una concepción basada en términos de eficacia económica, esto es, de comparación entre el coste que supone y el beneficio que se obtiene. No es de extrañar que en los tiempos que corren impere este enfoque economicista, pero lo que sí que debe ser objeto de crítica es la vaguedad de los términos en los que se formula. La perspectiva adoptada es excesivamente amplia, y genera inseguridad jurídica al no ofrecer ninguna pauta de cómo ponderar los costes en relación a los demás elementos. En este sentido, la expresión referida a costes *de otro tipo* contribuye, aún más, a generar incertidumbre respecto a qué tipo de costes se refiere la norma, siendo recomendable

⁷¹ La redacción original de la disposición prevé una cantidad máxima de 150.000 pesetas por trabajador minusválido (*sic*) contratado [...], cantidad ésta que al cambio en euros asciende a 901,52 Euros.

que el legislador procediera a definir, ya sea a través de ejemplos o en clave ilustrativa, que dificultades podrían incardinarse dentro de esta categoría.

Dicho esto, resulta evidente que el coste del ajuste y la capacidad financiera se constituyen como los factores más importantes, que no los únicos, en la estimación de la existencia de la carga excesiva. Sin embargo, existen otros parámetros que deberían introducirse, como por ejemplo el impacto que suponen sobre otros trabajadores la realización de los ajustes razonables, las posibilidades de financiación a las que la empresa u organización tienen acceso, el coste de oportunidad que supone no realizar la adaptación del puesto de trabajo o la atenuación de la importancia de los costes si se trata de una acomodación del puesto de trabajo que perdurará en la organización o empresa durante un largo periodo de tiempo, beneficiando así a distintos trabajadores/as con discapacidad.

III): El tamaño y volumen de negocios total de la organización o empresa

El último de los factores a los que se refiere el artículo 40.2 RDL 1/2013 exige considerar *el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa* para determinar si una carga es excesiva. La Dir. 2000/78/CE, en su artículo 5, no concretaba en la calificación de la carga excesiva este parámetro, y en consecuencia, nos encontramos ante un elemento que ha sido introducido por el legislador español. A priori, resulta positiva su inclusión, ya que permite adaptar el análisis de la carga excesiva a las dimensiones del sujeto obligado, y en consecuencia, añade una cierta proporcionalidad. Además, también debe destacarse que el añadido de esta expresión tiene en cuenta la diversidad del tejido empresarial existente en el Estado Español, y ayuda a valorar individualmente la concurrencia de carga excesiva. No obstante, sus efectos positivos se difuminan si tenemos en cuenta que no se ha concretado el encaje de la valoración del volumen de negocios como factor que contribuye, entre otros, a la exención de la realización de los ajustes razonables.

En otro orden de consideraciones, merece la pena destacar dos aspectos omitidos por el legislador en la regulación del tamaño y volumen de negocios total de la organización o empresa como elementos que condicionan la calificación de la carga excesiva.

El primero de ellos es el silencio de la norma respecto al fenómeno de los grupos de empresa. La organización de las unidades empresariales actual tiende cada vez más a la deslocalización regional, a través de subdivisiones, que comparten una apariencia externa unitaria, pero la

preocupación del legislador no ha transitado por estos derroteros, que los ha considerado de poca importancia, atendiendo a la referencia expresa a la *organización o empresa*. En este punto, sería deseable que el legislador contemplara la existencia de grupos de empresas como una circunstancia que reduzca el impacto que supone la realización de los ajustes razonables, y por lo tanto, dificulte la consideración como carga excesiva, atendiendo a la mayor disponibilidad de medios que este tipo de organizaciones ostentan.

El segundo aspecto que debe considerarse importante es la omisión, por parte del artículo 40.2 RDL 1/2013, de estimar como factor contribuyente a la calificación de la existencia de carga excesiva el hecho de que la empresa u organización se encuentre inmersa en dificultades económicas. Sorprende que no se haya tenido en cuenta una circunstancia tan estrechamente vinculada al coste de la medida y al volumen de negocio y tamaño de la empresa, como es la situación económica financiera de la organización, pues condiciona prácticamente la totalidad del cumplimiento de la obligación del deber de adaptación del puesto de trabajo. En este sentido, sería recomendable que la norma contemplase el análisis de la situación económica-financiera de la empresa u organización así como la existencia de circunstancias económicas adversas, como parámetros a tener en cuenta para la exoneración de la ya citada obligación de realizar ajustes razonables. No se trataría de considerar cualquier dificultad económica de forma general e indiferenciada, sino única y exclusivamente aquellas de carácter sostenido y debidamente acreditadas ante la autoridad laboral, como por ejemplo la inmersión de la organización en un proceso concursal o la necesidad de llevar a cabo procesos de reestructuración empresarial, entre otros.

3.2.3. Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables

El RDL 1/2013 prevé que el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables llevará aparejado diversas consecuencias, que pueden clasificarse en función de su naturaleza judicial o administrativa.

Dentro del primer grupo, cuya regulación se halla en el artículo 75 RDL 1/2013, encontramos todas aquellas peticiones que el trabajador puede dirigir a los tribunales para exigir el cumplimiento de la obligación, y que consistirán en la *adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho*, la petición de una indemnización

por daños y perjuicios, no limitada a una cantidad máxima en virtud del artículo 75.2 RDL 1/2013, y la solicitud de una cantidad en concepto de indemnización por daño moral, *que procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión*⁷². Estas acciones, que se formalizarán bajo el cauce procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas *ex* artículo 177 a 184 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS), se tramitarán con carácter urgente y podrán incluir la solicitud de medidas que sean necesarias para proteger a las personas físicas o jurídicas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades, al amparo del artículo 75.3 RDL 1/2013, petición ésta que podrá formalizarse mediante la solicitud de medidas cautelares prevista en el artículo 180 LRJS, a fin de asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia.

El segundo grupo lo componen las sanciones administrativas que podrán imponerse al empresario como consecuencia del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. El régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad se halla previsto en los artículos 78 a 105 RDL 1/2013, régimen éste que es una de las novedades que ha traído consigo la entrada en vigor del RDL 1/2013.

La estructura por la que ha optado el legislador ha sido establecer un marco común de infracciones y sanciones a nivel estatal y delegar la tipificación de las mismas a los legisladores autonómicos con algunas precisiones⁷³, ello sin perjuicio de una serie de infracciones y sanciones tipificadas en los artículos 95 y 96 RDL 1/2013 que se aplicarán cuando las conductas infractoras se proyecten en un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma.

En materia de ajustes razonables, el artículo 81.3.b RDL 1/2013 establece “[...] *la negativa a adoptar las medidas de ajuste razonable* [...]” como infracción grave, calificación ésta que económicamente se traduce en la imposición de una sanción, que será objeto de cuantificación por las Comunidades Autónomas en su legislación, en el marco de un intervalo situado entre los 300 euros y los 90.000 euros⁷⁴ al amparo del artículo 83.3 RDL 1/2013.

⁷² *Vid.* artículo 75.2 RDL 1/2013.

⁷³ Por ejemplo, el artículo 81.3 RDL 1/2013 impone la consideración como infracción grave a diversos comportamientos detallados en el citado precepto, asegurando así que tales conductas serán tipificadas y sancionadas de forma especialmente ejemplar.

⁷⁴ Nótese que el intervalo descrito se plasma considerando los mínimos establecidos en la

Además, la Administración tendrá la posibilidad de aplicar una sanción accesoria consistente en *la prohibición de concurrir en procedimientos de otorgamiento de ayudas oficiales, consistentes en subvenciones o cualesquiera otras ayudas en el sector de actividad, en cuyo ámbito se produce la infracción, por un período máximo de un año*, en virtud del artículo 85.1 RDL 1/2013.

4. Conclusiones

En líneas generales, el estudio de la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables desde una perspectiva americana y española pone de relieve que si bien la definición de la obligación y sus características son prácticamente idénticas, existen ámbitos en los que las normativas no convergen y se producen efectos distintos en la lucha contra la discriminación y la igualdad de oportunidades, derivados de características únicas de la cultura jurídica a la que pertenecen.

Analizando en detalle la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en EE.UU., se ha detectado una definición progresiva del contenido de la obligación, fruto de los vaivenes interpretativos de la jurisprudencia americana, evolucionando hacia una perspectiva normativa más inclusiva, dado que uno de los principales problemas que presentaba la legislación fue una caracterización sumamente restrictiva del concepto de persona con discapacidad. Debe destacarse en este punto el papel de la jurisprudencia que, si bien en ocasiones ha adoptado una visión sumamente restrictiva de la norma, ha contribuido positivamente a enriquecer el cumplimiento de la obligación, ofreciendo una casuística que permite detectar las carencias normativas, suplirlas por la vía judicial y ofrecer seguridad jurídica a los operadores. Además, la intervención de la EEOC ha sido clave en este proceso, que se ha encargado de asegurar la eficacia, en sede judicial, de la ADA al impulsar la mayoría de procedimientos judiciales, que han derivado en interpretaciones más beneficiosas para las personas con discapacidad, y la creación de criterios interpretativos relativos a la obligación de realizar ajustes razonables que clarifican su cumplimiento. Por último, las consecuencias del incumplimiento de la obligación han contrastado con el progresivo

norma, y en este sentido, ésta remite a los legisladores autonómicos a que regulen las cantidades a satisfacer en concepto de sanción grave. Una referencia más ajustada a las cuantías sancionadoras por sanciones graves puede hallarse en el artículo 96.b RDL 1/2013, relativo a la cuantificación de las sanciones derivadas de conductas infractoras que se proyecten en un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma, estableciéndose un mínimo de 30.001 euros y un máximo de 90.000 euros.

ensanchamiento del concepto de persona con discapacidad. En efecto, si bien las cuantías previstas para las indemnizaciones son sumamente elevadas (entre \$50.000 y \$300.000), su estimación se excluye si ha existido buena fe empresarial durante el proceso de cumplimiento de la obligación, hecho éste que reduce sustancialmente la protección conferida a los trabajadores con discapacidad. Es cierto que la sección 2000e-5.g.1 del título 42 U.S.C. ofrece diversos recursos como el percibo de los salarios devengados de forma retroactiva o la readmisión del trabajador, entre otros, pero tales medidas son insuficientes para suavizar el impacto de las exigencias prescritas en materia indemnizatoria.

A nivel español, la caracterización de la obligación se ha mantenido prácticamente intacta desde su transposición, probablemente por la inexistencia de un organismo que se encargue de judicializar el incumplimiento de la obligación objeto de estudio. En este sentido, se echa de menos que la normativa española no haya concretado la vaga definición plasmada por el legislador europeo, lo cual resta fuerza a las previsiones normativas en materia de accesibilidad. Ahora bien, el legislador español ha introducido algunas mejoras que deben ser destacadas positivamente, tales como la concreción de los factores que constituyen la razonabilidad del ajuste, la extensión de la obligación a cualquier empresario, independientemente del número de trabajadores, la posibilidad de acudir a un arbitraje que actúa como método alternativo de solución de conflictos, la no limitación del *quantum* indemnizatorio a solicitar por el trabajador con discapacidad, así como la introducción de un régimen de infracciones y sanciones previsto que, al fin, condena económica el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables.

En cuanto a la determinación de la carga excesiva, la legislación española presenta un limitado desarrollo de sus elementos, lo cual limita la exigencia de la obligación. La plasmación de pautas que ofrezcan un marco interpretativo de las distintas circunstancias y el peso de cada una de ellas en la determinación de la carga excesiva es una de las cuestiones más urgentes a abordar, y junto a la concreción de los distintos factores que la constituyen, ponen de relieve la necesidad de desarrollar reglamentariamente la obligación objeto de estudio.

En síntesis, se observa que la concepción europea de la obligación objeto de estudio no presenta restricciones que impidan una aplicación generalizada, y en este sentido, el legislador español ha introducido elementos que facilitan el cumplimiento de la obligación. Ahora bien, su exigencia no alcanza las cotas que se observan en E.E.U.U., país éste en el que ha existido una mayor conciencia del cumplimiento de la obligación,

aún ostentando una legislación más restrictiva, fruto de la intervención de la EEOC, que ha jugado un papel fundamental en el enriquecimiento jurisprudencial de la regulación de los ajustes razonables. Es por ello que sería recomendable que el legislador español crease un organismo que se encargase de asegurar la aplicación del RDL 1/2013, y judicializase los incumplimientos de la obligación de realizar ajustes razonables.

5. Bibliografía

- Acemoglu, D. y Angrist, J. D., “Consequences of Employment Protection? The Case of the Americans with Disabilities Act”, *Journal of Political Economy*, vol. 109, n. 5, 2001.
- Annas, K. R., “Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams: part of an emerging trend of Supreme Court cases narrowing the scope of the ADA”, *North Carolina Law Review*, vol. 81, n. 2, 2003.
- Autry, J. R., “Reasonable Accommodation Under the ADA: Are Employers Required to Participate in the Interactive Process? The Courts Say "YES" But the Law Says "NO"”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 79, 2003.
- Barhorst Stacie, E., “What Does Disability Mean: The Americans with Disabilities Act of 1990 in the Aftermath of Sutton, Murphy, and Albertsons”, *Drake Law Review*, vol. 48, 1999.
- Barry, K., “Toward Universalism: What the ADA Amendments Act of 2008 Can and Can't Do for Disability Rights”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 31, n. 2, 2010.
- Befort, S., “An Empirical Analysis of Case Outcomes Under the ADA Amendments Act”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 70, 2013.
- Blanck, P. *et al.*, “Calibrating the Impact of the ADA’s Employment Provisions”, *Stanford Law & Policy Review*, vol. 14, n. 2, 2003.
- Burgdorf, R. L. y Robert L., *Disability discrimination in employment law 1*, Washington, Bureau of National Affairs Books, 1995.
- Brandfield, J., “Undue Hardship: Title I of the Americans with Disabilities Act”, *Fordham Law Review*, vol. 59, n. 1, 1990.
- Burgdorf, R., “Restoring the ADA and Beyond: Disability in the 21st Century”, *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights*, vol. 13, n. 2, 2008.

- Cordero Gordillo, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- De Lorenzo, R. y Cabra de Luna, A., “Análisis de la nueva legislación sobre no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal”, en De Lorenzo, R. (Dir.) y Pérez Bueno, L. C. (Dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.
- Deleire, T., “The Unintended Consequences of the Americans with Disabilities Act”, *Regulation*, vol. 23, n. 1, 2000.
- Duncan, A., “Defining disability in the ADA: Sutton v. United Airlines, Inc”, *Louisiana Law Review*, vol. 60, n. 3, 2000.
- Esteban Legarreta, R. y Gutiérrez Colominas, D., “La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo”, *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, vol. 2, n. 1, 2014.
- Esteban Legarreta R. y Nuñez González, C.: “Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo”, en AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lleida, 2004.
- Garrido Pérez, E., “El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”, *Temas laborales*, n. 59, 2001.
- Jolls, C., “Accommodation mandates”, *Stanford Law Review*, vol. 53, 2000.
- Kruse, D. y Schur, L., “Employment of People with Disabilities Following the ADA”, *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, vol. 42, n. 1, 2003.
- Long, A., “Introducing the New and Improved Americans with Disabilities Act: Assessing the ADA Amendments Act of 2008”, *Northwestern University Law Review*, vol. 10, 2008.
- Molina Navarrete, C., “Del “principio” al “derecho” de igualdad de oportunidades. Las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n. 251, vol. 2, 2004.
- Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas laborales*, n. 127, 2014.
- Schiek, D., Waddington, L. y Bell, M. (eds.), *Cases, Material and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Editorial

- Hart Publishing, Oxford, 2007.
- Schulze, M., *Understanding the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Handbook on the Human Rights of Personas with Disabilities*, Handicap International, Nueva York, 2010.
- Smith-Duer, B., “Too Disabled or Not Disabled Enough: Between a Rock and a Hard Place after *Murphy v. United Parcel Service, Inc.*”, *Washburn Law Journal*, vol. 39, n. 2, 2000.
- Stein, M. A. “Labor Markets, Rationality, and Workers with Disabilities”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 21, 2000.
- Thornton P. y Lunt, N., *Políticas de empleo para personas con discapacidad en dieciocho países occidentales*, Editorial Escuela Libre, Madrid, 1998.
- Waddington, L., “Fine-tuning non-discrimination law: Exceptions and justifications allowing for differential treatment on the ground of disability”, *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 15, nn. 1-2, 2015.
- Waddington, L., “Not disabled enough”: how European Courts filter non-discrimination claims through a narrow view of disability, *European Journal of Human Rights*, n. 1, 2015.
- 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, Luxemburgo, 2009.
- Waddington, L., “Implementing the framework Employment Directive”, en Lawson, A. y Gooding, C. (eds), *Disability rights in Europe. From theory to practice*, Hart, Oxford, 2005.

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo