

Número 39, Época II, junio 2018



INSTITUTO DE
DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS



HURI-AGE
Consolider-Ingenio 2010

FL FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.
EDITORIAL

**DERECHOS Y
LIBERTADES**
#39
REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS



DERECHOS Y LIBERTADES

Número 39, Época II, junio 2018



INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ DE LAS CASAS
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID



Dykinson, S.L.

La revista Derechos y Libertades está incluida en la Emerging Sources Citation Index, en ERIH PLUS y en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, Anvur (Italia) –categoría A–, MIAR, CARHUS, Qualis Brasil –categoría B1–, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher’s index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la III Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2019.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf

Redacción y Administración

Adquisición y suscripciones

Revista Derechos y Libertades
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es



Suscripción en papel

Ver boletín de suscripción al final de este número y remitir en sobre cerrado a:

Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

**UNA REVISIÓN DE LOS CONCEPTOS DE ACCESIBILIDAD,
APOYOS Y AJUSTES RAZONABLES
PARA SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL***

A REVIEW OF THE CONCEPTS OF ACCESSIBILITY, SUPPORTS AND REASONABLE ACCOMMODATION FOR THEIR APPLICATION IN LABOR RELATIONS

JOSÉ LUIS REY PÉREZ
Universidad Pontificia Comillas-ICADE

Fecha de recepción: 10-3-17
Fecha de aceptación: 16-1-18

Resumen: *La Convención de los derechos de las personas con discapacidad de 2006, utiliza a lo largo del articulado tres conceptos que son clave con el fin de garantizar un ejercicio igual de los derechos para todas las personas: la accesibilidad, los apoyos y los ajustes razonables. Existe una amplia literatura en relación a cómo deben entenderse estos tres conceptos y como se relacionan entre ellos, sin embargo, al menos desde un punto de vista teórico, estamos todavía lejos de un acuerdo sobre su significado, su alcance y sus implicaciones prácticas. Esta dificultad aparece en mayor medida cuando examinamos estos tres conceptos en el ámbito laboral y en el contexto del ejercicio de un derecho tan importante para la integración social como el derecho al trabajo. El artículo 27 de la Convención, que se centra en el derecho al trabajo, se refiere a estos tres conceptos aunque no los precisa mucho. En este trabajo se analizará que estos tres conceptos, aplicados al mundo laboral, se tienen que adaptar y reformular. Se diferenciará entre accesibilidad, por un lado, y apoyos y ajustes razonables, por el otro. La accesibilidad hace referencia a tener acceso al mercado laboral, mientras que los apoyos y ajustes razonables se dan cuando la relación laboral ya existe, esto es, cuando ya se ha accedido al empleo. Así, la política de una cuota de reserva en las empresas está orientada a lograr la accesibilidad al mer-*

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Madrid sin barreras: discapacidad e inclusión social” financiado por la Comunidad de Madrid (H2015/HUM3330).

cado de trabajo, a eliminar las barreras con las que de partida las personas con discapacidad se encuentran. En cambio, los apoyos o los ajustes razonables que se hagan en el puesto de trabajo solo pueden ofrecerse cuando la accesibilidad ha sido garantizada, esto es, cuando la persona ya está en el puesto de trabajo y su finalidad, por tanto, es garantizar que el desempeño de las funciones que cada puesto conlleve se haga sin discriminación. Por eso en el contexto de las relaciones laborales, parece oportuno diferenciar los tres conceptos y las medidas que se derivan de los mismos. Si llevamos esto al terreno de los derechos, cuando hablamos de accesibilidad lo estamos relacionando directamente con el derecho al trabajo, con la posibilidad de acceder al mercado de trabajo, mientras que los apoyos y ajustes razonables se relacionan con los derechos laborales, los derechos en el puesto de trabajo.

Abstract: *The Convention of the Rights of Persons with Disabilities (2006) uses three concepts that are key elements to guarantee equality in the exercise of rights for everybody: accessibility, supports and reasonable accommodations. There is academic literature about the meaning and relations of these concepts; however, at least from a theoretical point of view, there is not an agreement about their meaning and practical consequences. This is particularly relevant in the labor field and, in concrete, when we analyze the right to work of persons with disabilities. The article 27 of the Convention recognizes the right to work and talk about these three concepts although its content is vague. In this paper I will study the three concepts in the framework of labor market and I will defend that in this field it is necessary to adapt their meaning. I will distinguish between accessibility in one side, and support and reasonable accommodation in the other. Accessibility refers to access to labor market, while the other two only appear when a labor contract does exist. In this sense, the quota of 2% for handicapped people in companies is a policy which goal is the accessibility to labor market, while reasonable accommodations or supports can only be developed when accessibility has been guaranteed, when a person has a job; in this case the objective is to eliminate discrimination in jobs. That is the reason why in the context of labor relations it is important to distinguish these concepts and the policies they can imply. When we talk about rights, the concept of accessibility is related to the right to work, while the other two are related to labor rights.*

Palabras clave: accesibilidad, apoyos, ajustes razonables, discapacidad, derecho al trabajo

Keywords: accessibility, supports, reasonable accommodation, disabilities, right to work

1. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO Y OBJETIVO: LA IMPORTANCIA DEL EMPLEO

Como señalara Nussbaum¹ uno de los tres retos todavía no solucionados de la justicia social es el trato y la inclusión que en nuestras sociedades damos a las personas que se ven afectadas por algún tipo de discapacidad. Nuestra filosofía política y, en consecuencia, nuestro Derecho, se ha construido sobre un modelo liberal de raíz kantiana que pone el acento en conceptos como la autonomía moral y personal, la libertad y el individualismo. No en vano el liberalismo y su modelo de justicia social construido sobre el contractualismo, se ha basado en hombres blancos, autónomos, heterosexuales, sin relación con los demás, que llegan al contrato social por los beneficios que para ellos la vida social reporta. La filosofía liberal considera que el ser humano opera como una mónada que no precisa de los demás. Esto ha llevado a una idea de “normalidad” que ha servido para organizar nuestras sociedades, para inspirar el contenido de nuestras normas, que ha expulsado a los márgenes a todos aquellos que no encajaban con ese canon prestablecido. Como subraya bien Ribotta, “la diferencia entre los hombres es connatural con la misma existencia humana, pero las desigualdades son producto de la forma en que los hombres nos organizamos y distribuimos los recursos y bienes sociales, y las posiciones sociales que se derivan de ellos”².

Aunque la filosofía que subyace a los derechos, basada en la idea de la dignidad de la persona entendida como que todos debemos ser considerados como fines en sí mismos y nunca como meros medios, resulta incompatible con ese modelo de normalidad que no valora la diversidad y la diferencia, lo cierto es que hasta tiempos relativamente recientes los derechos han contribuido a esa homogeneización. Quizá por ello todavía hoy nos encontramos en lo que Bobbio denominó el proceso de especificación que consiste precisamente en reconocer derechos diferenciados a determinados colectivos que pueden tener necesidades diferentes a las que aparecen en el canon de normalidad del grupo extenso de derechos³. Los últimos años del siglo XX y los

¹ M. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice. Disability, nationality, species membership*, Harvard University Press, Cambridge, 2007.

² S. RIBOTTA, “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Derecho antidiscriminatorio español. Desafíos y ajustes que la Convención le exige al Derecho antidiscriminatorio español”, en P. CUENCA GÓMEZ (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 453.

³ N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

que llevamos de siglo XXI han servido para el reconocimiento diferenciado de derechos a grupos que tradicionalmente habían sido discriminados: derechos de las mujeres, de los homosexuales, de la infancia, derechos de las personas con discapacidad. El proceso de especificación, por tanto, supone un giro en la teoría liberal clásica de los derechos porque se centra en la persona situada en determinadas circunstancias sociales y personales, en sus necesidades concretas, y trata de ofrecer una respuesta institucional que asegure la dignidad de esas personas. Los derechos valoran ahora la diversidad y la pluralidad, las diversas formas en las que las personas se manifiestan y se desarrollan, la peculiaridad con la que cada uno vive, dadas las circunstancias que le hayan tocado, como algo positivo que enriquece las comunidades. Una sociedad justa y decente solo lo es precisamente si tiene en cuenta la diferencia y atiende las necesidades de cada uno sin imponer modelos homogéneos que, o bien marginen a los que no se adaptan a ellos, o bien impongan un sufrimiento a aquellos que se ven forzados a adaptarse al modelo⁴.

Es cierto que esto, que a nivel teórico puede ser objeto de consenso, en la práctica todavía está lejos de alcanzarse. Por un lado, requiere un enfoque de derechos mucho más pronunciado e incisivo que el que está presente en nuestras políticas; por otro, precisa de una mayor cantidad de recursos que parece que no encaja con los tiempos presentes de austeridad en las cuentas públicas. Pero si nos tomamos los derechos, los derechos de todos, en serio, sería algo que habría que hacer.

Uno de los modelos de homogeneización que más ha funcionado ha sido el del trabajo, o mejor dicho, el del empleo. Nuestras sociedades se han construido sobre una concepción del empleo estándar que ha servido como forma de integración y de inserción social. En el lenguaje cotidiano a la pregunta “¿qué eres, a qué te dedicas?” se suele responder con la ocupación laboral que cada uno tiene. Esto hizo que, sobre todo en las sociedades del bienestar que surgieron tras la II Guerra Mundial, el empleo fuera el núcleo del vínculo y la integración social. Un empleo que, además, venía acompañado de una serie de seguridades que ofrecían un conjunto amplio y robusto

⁴ Como señala Torralba Roselló “no tiene sentido hablar de personas con necesidades especiales, porque todo ser humano, en tanto que ser singular, tiene unas necesidades especiales. Es fundamental forjar una terminología que supere el sesgo, la discriminación, la permanente presencia de prejuicios y, por ello, nos parece oportuno, partir de la idea de que todo ser humano es un ente vulnerable con unas capacidades singulares”, F. TORRALBA ROSELLÓ, “Genealogía del prejuicio: perspectiva filosófica” en J. L. MARTÍNEZ (ed.), *Exclusión social y discapacidad*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2005, p. 179.

de derechos laborales, que protegían la posición de las personas en su puesto de trabajo. El empleo (privado), sin embargo, nunca fue una institución del todo integradora porque a priori, aunque tenga algún tipo de regulación, su oferta depende de agentes privados que son los que toman la decisión de contratar. De ahí que aunque funcionara como vínculo social en lo que se conoce como las décadas doradas del bienestar, sirvió para excluir a muchas personas que no se adaptaban a las condiciones del mercado: mujeres sobre las que recaían las tareas de cuidado que no tenían ningún reconocimiento, personas con discapacidad que se consideraba que no rendían lo suficiente o que no podrían cumplir con las tareas encomendadas, etc.

Hoy, esa incapacidad del empleo para integrar se ha hecho más patente. Porque ya no solo no integra al diferente sino que tampoco lo hace con el que más o menos sí se adecúa a los estándares exigidos por el mercado. El desempleo es hoy un elemento estructural de nuestras sociedades y de nuestras economías, que acentúa todavía más su fragmentación: entre quienes tienen empleo y quienes no lo tienen, entre los que tienen un empleo estable y los que viven instalados en la precariedad⁵ con constantes y continuas entradas y salidas del mercado laboral; incluso entre aquellos que tienen un empleo estable se da una tensión entre los que no lo ven amenazado y los que sienten que está en peligro. Quizá por ello llevamos décadas en las que las sucesivas reformas laborales se han centrado en incrementar la flexibilidad; la flexibilidad interna haciendo que los trabajadores tengan que adaptarse a las necesidades de la empresa en lo que a la organización de su trabajo y su jornada se refiere; la flexibilidad externa, porque el coste de contratar y despedir es cada vez más reducido, y la flexibilidad salarial con la devaluación de los salarios que se ha producido sobre todo con la crisis financiera iniciada en el año 2008.

Esta visión del trabajo y del empleo es muy reduccionista porque se limita a una concepción productivista determinada por criterios mercantiles. No tiene en cuenta qué es lo que aporta una actividad a la vida y al conjunto social, en qué la enriquece, cómo favorece las relaciones sociales o la integración de todos, cómo valora la diversidad. Conceptualmente habría que distinguir entre trabajo y empleo y constatar que hay mucho más trabajo que empleo; trabajo es cualquier actividad en la que se utilizan las aptitudes y

⁵ Standing ha acuñado el término *precarizado* para referirse a este grupo de trabajadores. Vid. G. STANDING, *El precariado. Una nueva clase social*, Pasado y Presente, Barcelona, 2012.

capacidades físicas e intelectuales que sirve para interactuar con el grupo social, que aporta un valor a la sociedad en la que se realiza, mientras que el empleo lo constituyen parte de esas actividades, aquellas que el mercado valora⁶. Habría, por tanto, que caminar hacia un concepto reproductivo del trabajo que reconfigura el sentido del derecho al trabajo proclamado en la Declaración Universal de Derechos de 1948 y en la propia Constitución española, entendiéndolo como el derecho al reconocimiento social, a la inserción y participación social. Sin duda, existe un vínculo entre reconocimiento e inserción social y trabajo y no hay plena integración social sin un trabajo que tenga cierto reconocimiento social, pero ese trabajo no tiene por qué ser empleo y, de hecho, en muchas ocasiones, no lo es.

La Convención sobre los derechos de la persona con discapacidad, aprobada por Naciones Unidas en Nueva York en 2006, reconoce el derecho al trabajo y al empleo en su artículo 27. Es interesante que expresamente hable de “trabajo y empleo” diferenciando ambos conceptos, aunque es verdad que tal diferencia se queda en el título del artículo porque luego en el desarrollo de sus diversos apartados no se aparta de la concepción tradicional que suele identificar empleo con trabajo. Y de la mano de la Convención, uno de los aspectos más importantes de la integración y reconocimiento de las personas con discapacidad por parte de los diversos Estados se ha venido centrando en las políticas de empleo, en analizar y desarrollar políticas públicas que logren ir rompiendo la barrera para la inserción laboral que existe para las personas con discapacidad.

La Convención utiliza a lo largo del articulado tres conceptos que son clave para entender las acciones a realizar con el fin de garantizar un ejercicio igual de los derechos para todas las personas: la accesibilidad, los apoyos, y los ajustes razonables. Existe una amplia literatura en relación a cómo deben entenderse estos tres conceptos y como se relacionan entre ellos. Hay, por ejemplo, un debate acerca de si deben ser considerados como derechos autónomos, con un contenido específico, o más bien son instrumentos vinculados al principio de no discriminación en coherencia con la idea de la Convención de no reconocer nuevos derechos, sino de asegurar el ejercicio de los ya existentes a las personas con discapacidad⁷.

⁶ J. L. REY PÉREZ, *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Dykinson, Madrid, 2007.

⁷ R. DE ASÍS, M.C. BARRANCO, P. CUENCA y A. PALACIOS, “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención de los Derechos de las Personas con

De Asís, por ejemplo, entiende que existe un vínculo entre apoyos y accesibilidad porque precisamente los apoyos se ponen a disposición de las personas con discapacidad para que los bienes, servicios, prestaciones y derechos les resulten accesibles. Cuando, por motivos concretos y particulares de las necesidades específicas de una persona, esos apoyos resulten insuficientes entrarían los ajustes razonables para lograr un efectivo disfrute de derechos⁸. No obstante, la Convención no delimita con claridad estos tres conceptos y es por ello por lo que ha habido, tanto en el ámbito teórico como en el práctico, discusiones acerca de cuáles son su sentido y su alcance. Al tratarse de conceptos que surgen para dar respuesta a problemas concretos, en ocasiones su significado ha venido aclarado por las resoluciones de los tribunales. La indefinición o ambigüedad de estos tres conceptos probablemente sea inevitable y conveniente. Nussbaum subraya que el enfoque de capacidades y de respeto a la dignidad exige muchas veces respuestas individualizadas y adaptadas a los problemas u obstáculos concretos que esa persona encuentre⁹. Estos conceptos son lo suficientemente flexibles para poder concretarse de diversas maneras en función del problema específico al que intentemos dar respuesta.

El objetivo de este artículo es analizar si la tríada accesibilidad, apoyos y ajustes razonables tiene un significado específico y diferenciado en el ámbito laboral. Esta reflexión parece pertinente dado el esfuerzo doctrinal que se viene realizando para lograr una homogeneización en el significado de estos tres conceptos. La forma en la que se abordará esta cuestión será sobre todo desde una perspectiva conceptual pero partiendo y concretando tal reflexión en las instituciones existentes en el Derecho español.

2. ¿QUÉ SIGNIFICA LA ACCESIBILIDAD EN EL CAMPO DEL EMPLEO?

Probablemente si hay un concepto que ha estado siempre presente en la lucha por la igualdad de las personas con discapacidad, este ha sido el de la accesibilidad, el de la accesibilidad universal. La accesibilidad está estrechamente ligada a la igualdad, en concreto a la igualdad de oportunidades y

Discapacidad en el Derecho español” en P. CUENCA GÓMEZ, *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, cit., p. 22.

⁸ R. DE ASÍS, *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013.

⁹ M. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice. Disability, nationality, species membership*, cit.

hace referencia a eliminar todos aquellos obstáculos que dificultan tal igualdad. En este sentido, se pueden distinguir dos dimensiones: una subjetiva y otra objetiva, si nos estamos refiriendo a un grupo de personas o a una serie de bienes¹⁰. De forma intuitiva, la accesibilidad se ve en una dimensión espacial, como aquellas barreras arquitectónicas que han dificultado el acceso a determinados espacios a personas que tenían una discapacidad física. Por lo tanto, habitualmente se mezclan las dos dimensiones, aunque en ocasiones cada una de ellas puede requerir acciones concretas. Por ello, la accesibilidad no puede reducirse a esa dimensión espacial o arquitectónica, sino que tiene otras muchas dimensiones: puede ser accesibilidad tecnológica, particularmente relevante en un mundo como el nuestro donde necesitamos la tecnología para un creciente número de cosas, puede ser también accesibilidad a las instituciones o procedimientos administrativos que pueden exigir traducir en un lenguaje comprensible los mismos, etc.

La accesibilidad parte de un enfoque social y no médico de la discapacidad¹¹. Como es sabido, el enfoque médico entiende que los problemas de la discapacidad se derivan de la situación de la persona que la tiene que se aparta o se sitúa por debajo de un umbral de normalidad que se pretende objetivo; se presenta como una deficiencia a la que habría que dar apoyo socialmente, un apoyo de tipo asistencial alejado del enfoque de derechos. Por su parte, el enfoque social entiende que el problema no está en las personas, sino en el diseño social que hemos hecho que obstaculiza y margina a determinadas personas por no responder a un diseño universal, “una sociedad que ha de ser pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades de todos”¹². Habría que cambiar la sociedad precisamente para garantizar a todas las personas el pleno desarrollo de su personalidad al margen de cuáles sean sus circunstancias, entre otras cosas, porque salvo que existiera un superhombre nadie encaja con precisión en el ideal del ser autónomo liberal. Lo que ocurre es que muchas de las incompetencias que cada uno de nosotros tenemos no han sido relevantes para la organización social, cosa que sí ha ocurrido con la discapacidad: “todo ser humano tiene limitaciones para desarrollar algunas actividades: cantar, realizar cálculos matemáticos, orientarse en un lugar desconocido, correr, practicar deportes, bailar, rete-

¹⁰ VV.AA., *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 62.

¹¹ Una síntesis de los diferentes modelos puede encontrarse en VV.AA., *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, cit., pp. 17-23.

¹² Ídem, p. 21.

ner datos, recitar poesía, cocinar, realizar manualidades. Para la mayoría de las personas, el dato de sus limitaciones relativas a la realización de ciertas actividades es irrelevante. Las personas con discapacidad, sin embargo, han sufrido históricamente una rotulación que pone énfasis en las actividades en las que tienen limitaciones, en lugar de resaltar las actividades que sí pueden desarrollar sin dificultades”¹³. No habría por tanto unas fronteras claras entre capacidad y discapacidad, todo depende de lo que socialmente se considere como tal porque sin duda “las personas con discapacidades *objetivas* tienen también capacidades de las que carecen los capacitados”¹⁴. De acuerdo con esta idea, habría que hacer un diseño universal de los componentes sociales de forma que la accesibilidad esté asegurada y no se produzca discriminación. La falta de accesibilidad supone una forma de discriminación. Una discriminación que en unos casos es directa, pero que en la mayor parte de las ocasiones es indirecta. Como indica De Asís “la demanda de accesibilidad no se produce en abstracto ni en relación con ámbitos que poseen un alcance individual o personal, sino en comparación con los bienes, productos y servicios que algunos (la mayoría) disfrutan y se vinculan a la vida social”¹⁵. La no accesibilidad es en sí misma discriminatoria y vulnera el valor de la igualdad que subyace a los derechos. Este mismo autor diferencia entre un sentido amplio y uno restringido de la accesibilidad¹⁶. El restringido sería el definido en el artículo 9 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad cuando señala que “los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”. Este artículo hace una enumeración que no supone un *numerus clausus* pero que expresamente se refiere a las construcciones, los transportes, las viviendas, las instalaciones médicas, los lugares de trabajo, los servicios de información y de comunicaciones, etc. En sentido amplio, De Asís liga la accesibilidad con la capacidad, con el derecho a tener derechos, y aquí lo enlaza con los apo-

¹³ C. COURTIS, “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003” *Jueces para la democracia*, núm. 51, 2004, p. 12.

¹⁴ J. L. MARTÍNEZ, “Exclusión, discapacidad y justicia social” en J. L. MARTÍNEZ (ed.), *Exclusión social y discapacidad*, cit., p. 257.

¹⁵ R. DE ASÍS, *Sobre discapacidad y derechos*, cit., p. 77.

¹⁶ Ídem.

yos o ajustes razonables que habrá que hacer cuando la accesibilidad no está garantizada, cuando no hay un diseño universal, lo que choca directamente con el principio de no discriminación. Dicho con otras palabras, habría una gradación (que además tendría un orden de prioridad): el diseño universal tendría que ser el objetivo, medidas que están diseñadas para todos y que incluyen a todos (que se oponen por tanto los obstáculos sociales a la igualdad que han sido creados), la accesibilidad operaría cuando ese diseño universal no es posible (porque probablemente es un diseño que no alcanza a todas las situaciones concretas, a todas las necesidades específicas en todos los ámbitos), pero sí es una medida general para todas las personas con discapacidad. Es decir, la accesibilidad opera como una corrección al mal diseño realizado que no es universal y que permite el acceso a las personas con discapacidad.

¿Tiene sentido este significado en el campo del mercado laboral? El mercado laboral no responde a un diseño universal. En su propia esencia, el mundo del mercado laboral, del empleo, es discriminatorio. No todas las actividades son valoradas igual por el mercado, no todas las personas tienen iguales oportunidades de empleo. Si hay un lugar donde no se da el diseño universal ese es precisamente el del mercado de trabajo en contextos de economías capitalistas no centralizadas. ¿Sería posible hacer un diseño universal del mercado de trabajo? Parece que no, porque los diversos empleos requieren distintas capacidades que no todos poseemos, su atribución depende de la decisión del empleador, su contraprestación en forma de salario responde a criterios económicos y de eficiencia más que de equidad y porque, dado que el empleo es un bien escaso que tiene una fuerte demanda, no podemos organizar un diseño universal de todos los empleos disponibles. Siguiendo el razonamiento de De Asís es aquí donde entraría la accesibilidad, como una serie de medidas que corregirían los obstáculos que particularmente sufren las personas con discapacidad en comparación con las personas sin discapacidad a la hora de acceder al mercado de trabajo.

Es aquí donde se ve cómo la accesibilidad juega un papel y adquiere un significado distinto. De Asís entiende que los apoyos sirven para garantizar la accesibilidad¹⁷. Sin embargo, en el campo del empleo, parece más oportuno desligar, por un lado, la idea de accesibilidad, y por otro, la de apoyos y ajustes razonables. ¿La razón? Porque estas ideas están vinculadas a derechos distintos. La accesibilidad se refiere a acceder a un puesto de trabajo,

¹⁷ R. DE ASÍS, "Accesibilidad, diseño, ajustes y apoyos", *Papeles el tiempo de los derechos*, núm. 3, 2016, pp. 1-3.

dicho con otras palabras, al derecho *al* trabajo. Los apoyos y ajustes razonables están vinculados con las condiciones en las que se desarrolla el empleo, tienen que ver con los derechos *en* el puesto de trabajo. El artículo 27 de la Convención, que se centra en el derecho al trabajo, habla del acceso al empleo cuando en su apartado 27.1 a) prohíbe “la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo” o cuando en el apartado d) obliga a que “las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua”. Por otro, habla de apoyos cuando señala la necesidad de apoyar a las personas con discapacidad “para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo” (27.1 e)). Y, por último, se refiere a los ajustes razonables en el apartado 27.1 i) cuando obliga a “velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”. De forma similar, aborda la cuestión la normativa española cuando en el artículo 35 de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su inclusión social, dentro de lo que se recoge como garantías del derecho al trabajo en su apartado 2 habla de “la garantía y efectividad de los derechos a la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este capítulo y en su normativa específica en el acceso al empleo”; y en el artículo 41 cuando define los servicios de empleo con apoyo como “el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo”.

Es decir, la accesibilidad a lo que hace referencia es a tener acceso al mercado laboral, mientras que los apoyos y ajustes razonables se dan cuando la relación laboral ya existe, cuando ya se ha accedido al mercado laboral. Y esto se pone de manifiesto en las distintas políticas que ponen en práctica estos principios. ¿Cuáles son en nuestro contexto jurídico las medidas que intentan lograr la accesibilidad al mercado de trabajo, la accesibilidad al derecho al trabajo?

2.1. Los Centros Especiales de Empleo (CEE)

Son una de las formas de empleo protegido que cuentan con una larga trayectoria en España desde su creación en el año 1982 por la Ley 13/1982 de integración social de los minusválidos. De acuerdo con el espíritu de esta

norma, los CEE se configuraban como una vía secundaria para garantizar el acceso al mercado laboral y por lo tanto tendrían un carácter transitorio que tuviera como fin la integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario. Así lo establecía el artículo 37 de la citada Ley: “Será finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores minusválidos su integración en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido que se menciona en el artículo 41”. Esta filosofía se mantiene en el artículo 43 de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad de 2013 cuando los configura como “medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario”. Lo cierto es que desde 1982 los CEE han jugado un papel muy importante a la hora de garantizar la accesibilidad al empleo a las personas con discapacidad, tratándose de “una fórmula de empleo reservado, tanto que sólo los puestos de gerencia y servicios internos están libres de esa condición”¹⁸.

Con todo, aunque logra la idea de la accesibilidad, no lo es al mercado ordinario de trabajo manteniéndose un entorno separado que no es coherente con la idea de misma de accesibilidad, esto es, de eliminar los obstáculos sociales que son los que generan la discriminación. De ahí que respondan más al modelo médico de la discapacidad y no al social, lo que no encaja muy bien con la filosofía de la Convención. Aunque no se puede negar el papel que los CEE han cumplido favoreciendo la autoestima, ofreciendo capacitación, formación, experiencia y hábitos laborales en un entorno que reduce el estrés del trabajador y que ofrece una mayor estabilidad en el empleo, suponen un ámbito segregado del mercado laboral común lo que genera, a la larga, mayor marginación y no logra la integración. La propia organización del trabajo en los CEE estaría marcada por una sobreprotección y una menor exigencia, no aviniéndose así al principio de normalización¹⁹. Pero quizá el mayor problema es que los CEE no funcionan con el carácter transitorio en el que el legislador estaba pensando y se convierten en el destino definitivo del trabajador con discapacidad. Como instrumento de transición podría pensarse que son un paso en la accesibilidad pero como indican Jordán de Urríes

¹⁸ D. CASADO PÉREZ, “Conocimiento y gestión del empleo de las personas con discapacidad”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004, p. 62.

¹⁹ V. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, “El empleo de las personas con discapacidad en la gran recesión: ¿son los Centros Especiales de Empleo una excepción?”, *Estudios de Economía Aplicada*, vol. 30, núm. 1, 2012, p. 242.

y Verdugo²⁰ las tasas de transición del empleo protegido al ordinario son muy bajas, casi nunca superan el 5%²¹ y que además se dan incentivos para que los mejores trabajadores no pasen al empleo ordinario con el fin de que la productividad de los CEE no se vea reducida²². Por otra parte, el contexto laboral de los CEE es un contexto de derechos laborales atenuados donde no se aplican los convenios colectivos del sector, donde no hay representación sindical y donde en términos generales hay una mayor precarización. Según un estudio realizado por el sindicato Comisiones Obreras en los CEE el 99% de los trabajadores estaban contratados como operarios y el 75% de ellos cobraba el salario mínimo interprofesional²³.

Esto pone de manifiesto unos escasos salarios para personas que pueden tener unas mayores y específicas necesidades de gasto debido precisamente a su discapacidad y a los obstáculos sociales existentes²⁴.

Por todas estas razones, el modelo de empleo protegido de los CEE cumple un papel importante pero quizá deba ser revisado para volver al principio de transitoriedad y de último recurso que lo inspiró: "Todas estas características conducen a considerar los CEE como un modelo a revisar para su plena adaptación a las exigencias de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y a destacar su valor como una fórmula que, a la luz de los hechos y los resultados, debemos mantener, mejorar y

²⁰ FB. JORDÁN DE URRÍES y M.A. VERDUGO, "Situación de los centros especiales de empleo en España (I): impacto sobre el empleo", *Polibea*, núm. 101, 2011, pp. 15-22, y "Situación de los centros especiales de empleo en España (II): aspectos valorativos", *Polibea*, núm. 102, 2012, pp. 43-50.

²¹ V. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, "El empleo de las personas con discapacidad en la gran recesión: ¿son los Centros Especiales de Empleo una excepción?", cit., p. 242.

²² Vid. M. A. MALO y S. RODRÍGUEZ, "Centros especiales de empleo: una breve reflexión económica sobre los cambios recientes de su normativa", *Documentación Laboral*, núm. 61, 2000, pp. 181-193.

²³ V. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, "El empleo de las personas con discapacidad en la gran recesión: ¿son los Centros Especiales de Empleo una excepción?", cit., p. 242.

²⁴ En un estudio realizado hace unos años y por tanto previo a la crisis, Díaz Velázquez señalaba que "un 41% de los hogares con discapacidad son mileuristas por lo que van a tener más dificultades para el acceso a los recursos y bienes materiales básicos que precisen en comparación con el resto de población. El gasto medio de los hogares con discapacidad para adquirir productos, recursos y servicios necesarios por motivo de su discapacidad era en el año anterior a la encuesta [2007] de 3022,24 euros, una media de 251,85 euros adicionales de gasto al mes", E. DÍAZ VELÁZQUEZ, "Estratificación y desigualdad por motivo de discapacidad", *Intersticios. Revista de Sociológica de Pensamiento Crítico*, vol. 5, núm. 1, 2011, p. 167.

promover”²⁵. O dicho con otras palabras, la principal vía que se utiliza para asegurar la accesibilidad, en el fondo no la logra porque cuando hablamos de accesibilidad a lo que nos referimos es al acceso al mercado de trabajo común y no a uno segregado. Mantenerse en un empleo no ordinario no es acceder al mercado de trabajo, es quedarse en un estado intermedio.

2.2. Los enclaves laborales

Los Enclaves Laborales surgen en parte para solucionar el problema de los CEE como un entorno laboral segregado. El RD 290/2004 que los regula los define como un “contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora”. Los enclaves laborales tenían como objetivo aumentar el tránsito de los CEE al mercado laboral ordinario favoreciendo el conocimiento de las capacidades de los trabajadores por parte de la empresa que quizá en el futuro les podía contratar, facilitando a los trabajadores el conocimiento de un entorno ordinario de trabajo y permitiéndoles la adquisición de habilidades y competencias.

Los enclaves han logrado aumentar el volumen de trabajo de los CEE pero están sirviendo como una vía alternativa al cumplimiento de la cuota de reserva para empresas de 50 o más trabajadores perpetuándose así la segregación laboral de las personas con discapacidad y no cumpliendo con el principio de accesibilidad al mercado laboral.

2.3. La cuota de reserva

La cuota de reserva, que consiste en nuestro país en la reserva de un 2% de los puestos para personas con discapacidad en las empresas de 50 o más empleados y en un 7% en las convocatorias de empleo públicas, es una medida de discriminación inversa que persigue aumentar la presencia social del grupo desaventajado y realizar una redistribución más justa de determi-

²⁵ VV.AA., *Impacto de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad en la regulación de los Centros Especiales de Empleo*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III, Madrid, 2015, p. 58.

nados bienes sociales (el empleo), valorar la diferencia y la diversidad como un elemento que aporta valor y, por último, una función de compensación por las discriminaciones que el colectivo de las personas con diversidad funcional ha venido sufriendo. Su objetivo, por tanto, es eliminar en el medio plazo las barreras a la accesibilidad al mercado laboral para las personas con discapacidad y dado que de lo que se trata es de acceder al mercado de trabajo público o privado ordinario y no segregado, es el principal instrumento que intenta lograr la accesibilidad. Respecto a las medidas de discriminación inversa, la doctrina exige un triple juicio para considerarlas justificadas: un juicio de razonabilidad, esto es, que cumple con los fines y valores constitucionalmente admitidos, un juicio de proporcionalidad, y que tengan un carácter temporal, cuando la presencia del colectivo se normalice entonces carece de sentido seguir prolongando la medida de discriminación inversa. En el terreno que nos ocupa, la cuota de reserva cumple de sobra con los tres requisitos, aunque algunos autores han señalado que en esta materia, por las particularidades que presenta, la valoración de estos aspectos debería realizarse de forma más flexible²⁶. Es sobradamente razonable ya que persigue lo establecido en el artículo 49 de la Constitución (“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”). Es proporcional, aunque aquí habría más bien que señalar que es insuficientemente proporcional porque si la población con discapacidad en España es un 4,4%, establecer una cuota del 2% resulta escaso. En este sentido, hay diversas propuestas que proponen aumentar esta cuota a un 4% o incluso que variase al alza en función del número de trabajadores que tuviera la empresa²⁷. Y, por último, a la vista de los datos con los que contamos, parece justificado que esta cuota, aunque fuera establecida en 1982, se mantenga dado que no se han logrado eliminar las barreras de acceso al mercado laboral para las personas con discapacidad. Además entra de lleno en la definición de accesibilidad que da el artículo 9 de la Convención: se trata de una medida pertinente para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en este caso al mundo del empleo.

²⁶ V. CORDERO GORDILLO, *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 120.

²⁷ J. PÉREZ PÉREZ, *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 411-412.

No obstante, se puede decir que esta medida no resulta suficiente para cumplir con lo establecido en la Convención porque al estar limitada a las empresas de 50 o más trabajadores tiene un alcance muy limitado en un país como España donde la mayor parte de las empresas son pequeñas y medianas. Como señala Rubio de Medina “mayoritariamente el tejido empresarial español privado se encuentra formado por PYMES que no superan la barrera de los 50 puestos de trabajo, con lo que la cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas discapacitadas se reduce sustancialmente”²⁸. El legislador ha obviado esta realidad y no se ha tomado en serio las obligaciones que se derivan de la Convención que obligarían a buscar formas de asegurar la accesibilidad también en aquellas empresas que cuentan con menos de 50 trabajadores.

Por otro lado, la cuota de reserva se establece de forma genérica para todas las personas con discapacidad, pero no diferencia entre el grado de discapacidad, lo que puede funcionar de manera discriminatoria para aquellas que tienen discapacidades más severas y que previsiblemente las empresas serán más reacias a contratar. En este sentido Casado Pérez señala que “la reserva de puestos es una medida de discriminación positiva de carácter genérico, es decir, no se aplica en función de necesidades especiales comprobadas [...] la aplicación sin evaluación específica de las necesidades puede generar privilegios arbitrarios para aquellas personas cuyas discapacidades no suponen desventaja para acceder a ciertos cuerpos”²⁹. Por ello, quizá sería recomendable fragmentar la cuota reservando una parte de la misma a aquellas personas que tienen particulares dificultades para acceder al mercado de trabajo³⁰.

²⁸ M. D. RUBIO DE MEDINA, “Las referencias al empleo en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su repercusión en la normativa laboral española”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, núm. 1, 2013, pp. 15-16. Señala en este sentido Pérez Pérez que “la peculiar configuración del tejido empresarial español hace que el número total de empresas obligadas a reservar empleo para personas con discapacidad sea relativamente bajo, ya que no alcanza el 1% del total de las existentes en el país. En este sentido, no es de extrañar que más del 50% de las contrataciones ordinarias de personas con discapacidad se realicen en empresas de menos de 50 trabajadores, que son precisamente aquellas que no están sometidas a la cuota de reserva”, J. PÉREZ PÉREZ, *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, cit., p. 408.

²⁹ D. CASADO PÉREZ, “Conocimiento y gestión del empleo de las personas con discapacidad”, cit., p. 68.

³⁰ J. PÉREZ PÉREZ, *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, cit., p. 412.

Además, la accesibilidad se ve obstaculizada porque el artículo 2.1 del Real Decreto 364/2005 establece una medidas alternativas de cumplimiento que se presentaban como excepcionales y que, sin embargo, se han convertido en la vía ordinaria³¹. Esto ha provocado la progresiva desaparición del empleo de personas con discapacidad en el ámbito del trabajo ordinario, vulnerándose así el artículo 27 de la Convención no cumpliéndose con la obligación de accesibilidad³².

2.4. Subvenciones y bonificaciones

Otra medida que sirve para ir eliminando las barreras de accesibilidad al mercado de trabajo son las subvenciones y bonificaciones por la contratación de una persona con discapacidad. Hay muy diversas medidas de este tipo: desde subvenciones por la contratación de trabajadores con discapacidad a tiempo completo, hasta deducciones en el impuesto de sociedades pasando por distintas bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social que varían en función del tipo de discapacidad, la edad y el género de las personas contratadas.

Teniendo en cuenta la estructura empresarial existente en España que, como se ha dicho, está construida sobre pequeñas y medianas empresas, las subvenciones y bonificaciones son realmente el único instrumento y política que se ha desarrollado para favorecer la accesibilidad a este tipo de empresa. Eso hace que, aunque es cierto que hay una diversidad de planes que pueden incentivar la contratación por el ahorro que suponen a la empresa estas

³¹ Las vías que prevé el citado artículo son las siguientes: - Celebración de un contrato civil/mercantil con un CEE o autónomo con discapacidad para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes, en cuantía igual a 3 veces el IPREM por cada trabajador dejado de contratar.

- Celebración de un contrato civil/mercantil con un CEE o autónomo con discapacidad para la ejecución de actividad o servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa en cuantía igual a 3 veces el IPREM por cada trabajador dejado de contratar.

- Donaciones a fundaciones o asociaciones de utilidad pública para el desarrollo de acciones de integración laboral de personas con discapacidad en cuantía igual a 1,5 veces el IPREM por cada trabajador dejado de contratar.

- Constitución de un enclave laboral con un CEE cuya cuantía mínima sea 3 veces el IPREM por cada trabajador dejado de contratar.

³² D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, "El complemento por discapacidad y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en la negociación colectiva de los últimos años (2012-2014)", *Temas Laborales*, núm. 131, 2015, pp. 149-179.

contrataciones, resulte claramente insuficiente esta política para lograr la integración plena de las personas con discapacidad en el modelo de empresa más común del tejido económico español. De ahí que sea necesario pensar en alternativas y en programas que tengan una mayor incidencia. Algo similar ocurre con el empleo autónomo, se hacen imprescindibles programas que estén más focalizados y mejor diseñados, que no se queden en ayudas cuantitativas (ahora para el empleo autónomo se ofrecen reducciones en los tipos de interés, cobertura de determinados costes o de los gastos de formación...) sino que tengan un carácter cualitativo, que atiendan individualmente las necesidades que tiene cada persona que quiere iniciar una aventura empresarial. La escasa atención que la Ley General de 2013 presta al empleo autónomo es muy llamativa ya que el artículo 47 se limita a señalar un principio muy general: "Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptarán políticas de fomento del trabajo autónomo de personas con discapacidad dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia, o a través de entidades de la economía social, de acuerdo con la normativa reguladora de la materia".

De estas medidas de accesibilidad, realmente las dos únicas que son coherentes con el enfoque social de la discapacidad son la cuota de reserva y las ayudas, subvenciones y bonificaciones porque son las que están orientadas a lograr eliminar las barreras de acceso al mercado ordinario. El empleo protegido, en cambio, parece que encaja más con un enfoque médico porque mantiene un entorno segregado de trabajo con una inspiración asistencialista³³ y solo se justifican como un tránsito al empleo ordinario, en cierto sentido, como un apoyo en ese tránsito.

3. APOYOS EN EL EMPLEO

Los otros dos conceptos que se utilizan en el campo de la discapacidad y que también aparecen en la Convención son los de apoyos y ajustes razonables. Igual que ocurría con la idea de accesibilidad, no existe un acuerdo doctrinal acerca de cómo deben entenderse. Como ya se ha indicado, De Asís³⁴ entiende que la idea de apoyo está muy ligada a la de accesibilidad, esto es, que la accesibilidad se garantiza precisamente prestando medidas de apo-

³³ V. CORDERO GORDILLO, *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, cit., p. 127.

³⁴ R. DE ASÍS, "Accesibilidad, diseño, ajustes y apoyos", cit.

yo³⁵. En ese sentido, la cuota de reserva, las subvenciones y bonificaciones o el empleo protegido podían ser interpretadas como medidas de apoyo que permiten acceder al mercado de trabajo. Aunque esto tiene lógica, lo cierto es que en el campo del empleo tenemos una figura, el empleo con apoyo, donde el concepto de apoyo adquiere todo su sentido y no tiene tanto que ver con la accesibilidad al mercado de trabajo, el derecho al trabajo, como con el desempeño y desarrollo de las actividades propias de ese empleo, con los derechos *en* el puesto de trabajo. La cuota de reserva o las subvenciones están orientadas a lograr la entrada de las personas en el empleo, pero luego, una vez que éste ya se tiene, el apoyo lo que hace es facilitar su permanencia, eliminar las discriminaciones en el puesto de trabajo que pudieran darse porque socialmente las empresas muchas veces en sus diseños no han tenido en cuenta el hecho de la discapacidad.

El empleo con apoyo se reguló en el RD 870/2007 donde en su artículo 2.1 lo define como “el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestadas por preparadores laborales especializados, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes”. Se trata de ofrecer un apoyo flexible, muchas veces con adaptaciones individualizadas, que permiten que la persona con discapacidad esté en igualdad de condiciones a la hora de trabajar³⁶. El apoyo puede ser variado y depende en gran medida de las características del empleo y de las circunstancias particulares del trabajador y suele tener un carácter temporal.

En primer lugar, tenemos lo que en el ámbito anglosajón se conoce como *train and place*, que consiste en un apoyo que se ofrece en los primeros momentos de incorporación al puesto de trabajo. Normalmente se trata de un monitor ocupacional que ayuda al nuevo trabajador a adaptarse a su empleo, esto es, que se encarga de un “conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo prestado por los

³⁵ No hay que confundir el empleo con apoyo con las unidades de apoyo que funcionan en el contexto del empleo segregado, de los CEE, vid. P. TUSET DEL PINO, *Trabajadores con discapacidad. La prestación de servicios de ajustes personales y sociales*, Grupo Difusión, Madrid, 2010, pp. 120 y ss.

³⁶ M. T. BECERRA TRAVER, M. MONTANERO FERNÁNDEZ, y M. LUCERO FUSTES, “Empleo con apoyo. Apoyo laboral a trabajadores con discapacidad intelectual en tareas que requieren autorregulación”, *Campo Abierto*, vol. 30, núm. 2, 2011, p. 44.

preparadores al discapacitado”³⁷, orientando, asesorando y acompañando la adaptación al puesto de trabajo, ayudando en el desarrollo de habilidades sociales, ofreciendo una formación específica para la tarea que se va a desarrollar, haciendo un seguimiento del trabajador, informando a la empresa de necesidades que se aprecien, etc. Este apoyo puede darse tanto dentro como fuera del puesto de trabajo. El monitor es una persona con formación específica en el campo de la discapacidad. En un momento dado, cuando el trabajador ya se ha adaptado a sus responsabilidades laborales, el apoyo se retira, de hecho la duración de este apoyo está entre los 6 meses y el año, aunque en casos de especial dificultad se puede prorrogar hasta 18 meses más. Estos programas normalmente cuentan con subvenciones destinadas a cubrir el coste del monitor que van desde los 2500 hasta los 6600 euros al año en función del grado de discapacidad del nuevo trabajador contratado. Aragón Gómez valora muy positivamente esta figura “a) porque favorece el acceso al mercado ordinario no solo desde un entorno protegido, sino también desde la situación de inactividad; b) por su carácter gratuito para la empresa ordinaria; c) por el hecho de que se exija que los preparadores acrediten un nivel mínimo de formación y una experiencia de al menos un año en actividades de integración laboral de personas con discapacidad [...] y por la existencia de incentivos económicos al objeto de financiar los costes laborales de los preparadores”³⁸.

En segundo lugar, encontramos los recursos de apoyo natural, en este caso son los propios compañeros (uno o varios) los encargados de ofrecer apoyo para facilitar la adaptación al puesto de trabajo del nuevo trabajador con discapacidad. Para ello, los trabajadores seleccionados para dar el apoyo pueden recibir una formación específica y es importante que se les libere de parte de sus responsabilidades para que no lo vivan como una carga adicio-

³⁷ R. MENÉNDEZ CALVO, “Integración laboral de las personas con discapacidad. Modelo legal tras la reforma de 2012”, *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. V, 2012, p. 235. Esta autora señala que las medidas pueden consistir en “-Orientación, asesoramiento y acompañamiento individualizado para su adaptación al puesto de trabajo; - Acciones de acercamiento y mutua ayuda entre la persona discapacitada, el empleador y el resto de la plantilla; - Aprendizaje específico en las tareas inherentes al puesto de trabajo; -Seguimiento y evaluación del proceso de inserción de la persona discapacitada en su puesto de trabajo; -Informar y asesorar a las empresas sobre las necesidades para alcanzar la integración total del discapacitado”, *idem*, pp. 235-236.

³⁸ C. ARAGÓN GÓMEZ, “El impacto de la Convención en materia laboral” en P. CUENCA GÓMEZ (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, cit., pp. 217-218.

nal. Esta fórmula tiene la ventaja de que facilita la integración de los trabajadores, pero para que funcione es preciso que esté bien organizada a nivel empresarial, que haya un compromiso real por parte de la empresa.

Como vemos los apoyos facilitan la adaptación al puesto de trabajo cuando ya se ha accedido a él, pero no constituyen como ahora vamos a ver ajustes en el puesto de trabajo. Podríamos decir que están a medio camino entre la accesibilidad (y de ahí que algunos autores vinculen la idea de apoyo con el acceso) y los ajustes razonables. En materia laboral y puesto que el apoyo solo puede darse cuando ya existe un empleo, cuando ya se ha firmado el contrato laboral, es decir, cuando ya se ha accedido, el apoyo se enmarca más en lo que señala el artículo 27.1 e) de la Convención al hablar del apoyo a las personas con discapacidad en el mantenimiento del empleo. Se trata de un derecho laboral, del derecho a estar en igualdad de condiciones a la hora de cumplir con las responsabilidades que implique el puesto de trabajo.

4. LOS AJUSTES RAZONABLES

El cuarto concepto que junto a los de diseño universal, accesibilidad y apoyos, está presente a lo largo de la Convención y que en materia laboral juega un papel muy importante es el de ajustes razonables. Así el artículo 27.1 j) de la Convención cuando desarrolla el derecho al trabajo establece la obligación de los Estados de “velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”. Pero si los otros dos conceptos resultaban indeterminados, éste lo es todavía más. ¿Qué hay que entender por ajuste razonable? La Convención da una definición que no despeja las dudas: “por ajustes razonables se entenderán 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” (art.2). El ajuste tiene por tanto un carácter individual, “se adoptan cuando falla el diseño para todos y tienen en cuenta las necesidades específicas de una persona”³⁹. Para este autor, los ajustes razonables entran en juego cuando no se puede satisfacer la accesibilidad y funcionan como un remedio a ese problema⁴⁰. De acuerdo con esta idea, cuando no se pue-

³⁹ R. DE ASÍS, *Sobre discapacidad y derechos*, cit., p. 79.

⁴⁰ R. DE ASÍS, “Accesibilidad, diseño, ajustes y apoyos”, cit.

de garantizar la accesibilidad por una razón justificada, el ajuste razonable es una forma de paliar la negación del derecho y restablecer su ejercicio. Si la negación de la accesibilidad no está justificada estaríamos ante un caso de discriminación y en ese caso no procedería utilizar la medida del ajuste razonable⁴¹.

En el terreno laboral parece que el sentido que hay que dar al ajuste razonable difiere y no está unido a la idea de accesibilidad que, como hemos visto, se centra en el acceso al puesto de trabajo. El ajuste razonable supone una adecuación a las necesidades concretas del trabajador y por tanto solo puede existir cuando éste ya lo es, esto es, cuando ya ha accedido al empleo. Estamos pensando en ajustes materiales como adaptaciones en el mobiliario, en los sistemas o equipos informáticos, adecuación en las pruebas o sistemas de formación, etc. En algunos casos o ante algunos tipos de discapacidad pueden estar estandarizados pero en otros muchos otros pueden requerir un diseño *ad hoc*. También en este terreno se encuentran los ajustes en los horarios, incluso una disminución del tiempo de trabajo como ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia del 11 de abril de 2013⁴².

El problema es que entendemos por razonable. Parece que en el ámbito laboral se ha interpretado que lo es cuando no suponga una carga excesiva al empleador. Pero ¿cuándo es excesiva esa carga? ¿Lo excesivo o no de la misma tiene una dimensión objetiva o debe tener en cuenta la dimensión de la empresa, su situación financiera, su coste económico? La idea es que el ajuste debe ser proporcional. De Asís señala que el principio de proporcionalidad aúna otros tres: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Esto significa que denegar un ajuste solo sería posible para lograr un fin legítimo desde un punto de vista constitucional, o desde el punto de vista de los derechos humanos. La necesidad hace referencia a que la medida que se adopte debe ser la menos dañina (por ejemplo, la que suponga una menor carga a la empresa siempre que se cumpla con el derecho al ajuste que tiene la persona con discapacidad). La proporcionalidad en sentido estricto supone que solo en aquellos casos en que negar el ajuste implique una ventaja atendiendo al conjunto de derechos en comparación con su concesión

⁴¹ R. DE ASÍS, *Sobre discapacidad y derechos*, cit., p. 80.

⁴² Sobre esta sentencia, vid. B. CUBA VILA, "Acerca la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de abril de 2013: diferencia de trato por discapacidad. Medidas de ajuste razonable", *Revista de información laboral*, núm. 3, 2014, pp. 163-172.

se podría justificar la negativa a realizar ese ajuste⁴³. Sin embargo, esto que parece adecuado desde un punto de vista teórico, no parece que funcione así en la práctica. Porque, por ejemplo, la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión en el artículo 66.2 habla de valorar para ver si una medida se considera razonable, sus costes, la estructura y características de la organización o empresa que tenga que realizar el ajuste, la posibilidad o no de obtener ayudas económicas y los efectos discriminatorios que su no adopción tengan para la persona. Un cajón de sastre que deja un amplio margen de apreciación que puede generar diferencias ante situaciones análogas en función de las características de la empresa donde se tenga que llevar a cabo el ajuste razonable.

Es por ello que algunos autores han venido proponiendo que a nivel legislativo se estableciera un catálogo de los ajustes que se consideran razonables. Quizá elaborar un catálogo hace que se pierda la posibilidad de tener en cuenta las circunstancias concretas del caso; pero al menos en el ámbito que nos ocupa, que es el laboral, sin tener por qué constituir un *numerus clausus*, un catálogo de ajustes razonables podría facilitar las cosas⁴⁴. En cualquier caso, creo que cuando se valora la razonabilidad del ajuste hay que partir de que estamos hablando de un derecho: la persona con discapacidad tiene derecho a que se realice el ajuste razonable, lo contrario supone una discriminación. Es un derecho que en el campo del trabajo forma parte de los derechos laborales, de los derechos en el puesto de trabajo, del derecho que todo trabajador tiene a unas condiciones laborales adecuadas y sin riesgos. Si esto es así, la denegación de un ajuste debiera tener un carácter excepcional y venir extremadamente y detalladamente justificada. Los costes que pueden suponer para la empresa, o la posibilidad o no de tener ayudas no pueden pesar más ni estar al mismo nivel que un derecho fundamental de las personas con discapacidad, de un derecho laboral. Como señala Cordero Gordillo “una cuestión tan importante como garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad no se puede hacer depender de elementos economicistas y financieros. Además este enfoque puede contribuir a reforzar la idea de que el principal resultado de una adaptación es su coste y no su potencial beneficio para lograr la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo y, consecuentemente, puede per-

⁴³ R. DE ASÍS, *Sobre discapacidad y derechos*, cit., pp. 122-124.

⁴⁴ V. CORDERO GORDILLO, *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, cit., p. 137.

petuar prejuicios y estereotipos acerca del mayor coste que supone emplear a estas personas”⁴⁵. Por eso a priori habría que establecer la obligatoriedad de realizar el ajuste, obligatoriedad que solo en casos muy excepcionales podría eximirse a determinadas empresas cuando la propia supervivencia de la empresa pudiera depender de ahorrarse ese ajuste. Incluso en este caso, el Estado debería asumir el coste para asegurar así el reconocimiento del derecho a la persona con discapacidad. Mientras esto no sea así (y esto significa precisarlo de esta manera en la legislación) el ajuste razonable puede crear una cierta inseguridad jurídica a las personas con discapacidad que necesitan tal ajuste para desempeñar adecuadamente y en condiciones de seguridad su trabajo.

Otra cuestión es, en el ámbito subjetivo, hasta dónde llega la realización de ajustes razonables. Este problema se pone de manifiesto cuando, por ejemplo, el cónyuge o el progenitor de una persona con discapacidad precisa de ajustes en su empleo (permisos, ajuste de la jornada) para dar la atención adecuada a esa persona. Aunque la Convención se refiere exclusivamente a los ajustes a realizar para adaptarlos a la situación de la persona con discapacidad, lo cierto es que cabe una interpretación extensiva de este derecho y entender que a veces el ajuste es necesario realizarlo en las condiciones de empleo de otras personas. Así lo ha entendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el famoso caso Coleman, donde una mujer londinense había sido despedida y no se le había concedido una adaptación en su horario para cuidar de su hijo con discapacidad. El Tribunal entendió que en este caso se producía una discriminación y que la Directiva 2000/78 de igualdad de trato en el empleo y la ocupación debía interpretarse entendiéndose que la discriminación también se produce cuando afecta a alguien que tiene una relación con la persona con discapacidad por motivo de esa relación⁴⁶.

5. CONCLUSIÓN

En este trabajo se ha intentado precisar el significado de los conceptos de accesibilidad, apoyos y ajustes razonables en el ámbito laboral prestando particular atención a la normativa e instituciones que tenemos en el ordenamiento jurídico español. Estos conceptos son transversales en los derechos

⁴⁵ Ídem, p. 150.

⁴⁶ I. BIEL PORTERO, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 439.

de las personas con discapacidad y constituyen ellos mismos derechos sin los cuales el ejercicio de los otros derechos que reconoce la Convención resulta imposible. Sin embargo, cuando se hacen jugar en los diferentes ámbitos, presentan una especificidad que los puede diferenciar cuando se aplican en otros. Esto es lo que ocurre en un campo muy particular y característico como es el del empleo. Cuando se examina esta cuestión conviene diferenciar entre el derecho *al* trabajo, esto es, el derecho a acceder a un puesto de trabajo, al mercado laboral en economías libres, y los derechos *en* el puesto de trabajo que aseguran unas condiciones dignas de trabajo al empleado. Se trata de derechos diferentes que deben examinarse de manera independiente.

La accesibilidad tiene que ver con el derecho *al* trabajo, con eliminar las barreras que las personas con discapacidad normalmente se encuentran para integrarse en el mercado laboral ordinario. Las personas con discapacidad se han encontrado tradicionalmente con muchos obstáculos para acceder al empleo. La Convención adopta, correctamente, un enfoque social de la misma, entendiendo que hay que hacer un esfuerzo por borrar esas barreras de acceso al mercado laboral ordinario. El empleo segregado, siendo necesario en algunos casos, debería ser una vía secundaria porque no implica el acceso al mercado de trabajo ordinario y solo tiene sentido como una transición. Aquí sí podemos considerar el empleo protegido como una medida de apoyo al acceso al mercado de trabajo ordinario. En cambio, las otras medidas que recoge nuestra legislación, como la cuota de reserva o las subvenciones y ayudas, son medidas de accesibilidad al derecho al trabajo dadas las carencias en el diseño universal que tiene, en general pero más en concreto para las personas con discapacidad, el mercado laboral.

Los apoyos y ajustes razonables aparecen cuando la persona ya tiene un empleo. Por tanto, en el ámbito laboral, el apoyo se desliga de la accesibilidad. Es cierto que medidas como la cuota de reserva o las subvenciones y bonificaciones pueden ser vistas como medidas de apoyo al acceso al mercado de trabajo, pero en esta materia esas medidas, como se ha dicho, no son tanto apoyos como medidas de acceso al mercado de trabajo. Los apoyos que se dan a la persona con discapacidad para que se adapte al puesto de trabajo así como los ajustes razonables que se realicen para adecuar el puesto a las necesidades concretas que tenga la persona, son derechos *en* el puesto de trabajo, son derechos laborales, y solo entran en juego cuando se ha dado el salto al empleo, cuando la barrera a la accesibilidad ha sido superada. Se trata de facilitar el ejercicio de una serie de derechos en el puesto de trabajo

que en muchas ocasiones tampoco han tenido un diseño universal, por ejemplo, en todo lo que se refiere a los riesgos laborales o al diseño de las tareas que el empleado va a tener que desempeñar. Una cosa es la accesibilidad al mercado laboral y otra distinta los ajustes y apoyos que los trabajadores con discapacidad precisan y a los que tienen derecho para poder desempeñar el empleo adecuadamente. Es por esto que, en el campo del trabajo, aun compartiendo la misma filosofía, los conceptos de accesibilidad, ajustes y apoyos adquieren un significado particular, o, si se prefiere, se concretan de manera diversa a como lo hacen en otros campos.

JOSÉ LUIS REY PÉREZ

Facultad de Derecho

Universidad Pontificia Comillas - ICADE

C/ Alberto Aguilera, 23

28015 Madrid

e-mail: jlrey@icade.comillas.edu