

LOS AJUSTES RAZONABLES PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

Maoly CARRASQUERO CEPEDA
Universidad de Valladolid

Resumen: El artículo analiza la configuración jurídica de los ajustes razonables en el ámbito internacional y comunitario, teniendo en cuenta los diferentes enfoques que sobre el tema se ha dado en los Estados miembros de la Unión Europea. En este sentido, se estudia su caracterización normativa actual, su ámbito de aplicación material y personal, su contenido y las consecuencias derivadas de su incumplimiento, con el propósito de establecer las posibles divergencias en la aplicación de los ajustes y de definir una serie de recomendaciones para asegurar el correcto cumplimiento de este instrumento de garantía del derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad.

Palabras clave: discapacidad, ajustes razonables, Unión Europea, Estados miembros.

Summary: The article analyzes the legal configuration of reasonable accommodation at international and community level, taking into account the different approaches that the topic has taken in the Member States of the European Union. In order to do so, the current regulation will be analyzed, its material and personal application, its content and the consequences of noncompliance. Subsequently, it will be defined possible discrepancies in the application of the accommodation and the establishment of a series of recommendations to ensure the correct compliance of this instrument as a guarantee of the non-discrimination rights based on disability.

Key words: disability, reasonable accommodation, European Union, Member States.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. AJUSTES RAZONABLES; SU IMPLEMENTACIÓN EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA. 2.1. Ámbito de aplicación material. 2.2. Ámbito de aplicación personal. 2.3. Contenido del ajuste. 2.4. Consecuencias derivadas del incumplimiento de proveer ajustes razonables. 3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. 4. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de ajustes razonables está estrechamente relacionado con la “accesibilidad universal” y “diseño para todos”. En términos generales, la accesibilidad es la condición que debe cumplir el entorno social a fin de que todas las personas, en condiciones de igualdad, puedan ejercer sus derechos y vivir de manera independiente¹. En este sentido, el artículo 9.1 de la CDPD obliga a los Estados partes a “adoptar las 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, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”.

¹ Benavides, Álvaro; Ospina, Mario; Valverde, Rosa. (2010): *Informe sobre pruebas de acceso al empleo público de las personas con discapacidad*, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 8.

Se plantea así la accesibilidad universal como una acción necesaria para el ejercicio de los derechos, en igualdad de condiciones, por todos los individuos. Supone, por una parte, la obligación del Estado de construir obras de infraestructura adaptadas a la necesidad de acceso de las personas con discapacidad y, por otra, la supresión de los obstáculos y barreras que impiden el disfrute de los derechos².

Estrechamente ligado al concepto de accesibilidad universal se encuentra el del diseño para todas las personas y el de ajustes razonables. Según la CDPD, por diseño universal o diseño para todos debe entenderse el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado (artículo 2).

Los entornos, serán accesibles si desde el origen se conciben, se proyectan, se planifican, se implantan y funcionan con arreglo a pautas que permitan su uso y empleo en la mayor extensión posible por el mayor número de personas, incluidas, obviamente, las personas con discapacidad³.

Pues bien, la consecución de la accesibilidad universal es un objetivo muchas veces complejo (porque puede encontrar limitaciones provenientes de la técnica o del conocimiento), oneroso y de largo plazo (se parte de entornos preexistentes estructural y consolidadamente no accesibles para ser totalmente transformados)⁴. En estas ocasiones, en las que falla la estrategia de diseño para todos con carácter universal, surge el ajuste razonable, que vendría a satisfacer la necesidad concreta de una persona con discapacidad, excluida o limitada por la inaccesibilidad del entorno, o por la imposición de pautas mayoritarias que dificultan su acceso a un bien o servicio.

De este modo, la accesibilidad es la situación a la que se aspira, el diseño para todos es una estrategia a nivel general para alcanzarla, y los ajustes razonables una estrategia a nivel particular, cuando no ha sido posible alcanzar el diseño para todos de forma justificada⁵.

En el ámbito internacional, los ajustes razonables están definidos en la CDPD como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (artículo 2).

Por su parte, la regulación europea de los ajustes se encuentra establecida en la Directiva 2000/78/CE, en la que se fija la obligación para los empresarios

² Desde este punto de vista, para que pueda lograrse una verdadera accesibilidad será necesaria la participación directa de las personas con discapacidad y sus organizaciones, ya que se encuentran en una mejor condición para identificar las barreras y obstáculos pertinentes. En este sentido, véase: Lawson, Ana. (2010): “Reasonable Accommodation and Accessibility Obligations: Towards a More Unified European Approach?” *European Anti-Discrimination Law Review*, 11, p. 14.

³ Pérez Bueno, Luis Cayo. (2012): “La configuración jurídica de los ajustes razonables”. En L. Pérez (dir.). *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ediciones Cinca, p. 160.

⁴ *Ibidem*

⁵ De Asís, Rafael; Aiello, Ana Laura; Bariffi, Francisco; Campoy, Ignacio; Palacios, Agustina. (2007): “La accesibilidad universal en el marco constitucional español”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 16, p. 69.

de realizar aquellos ajustes que sean necesarios a fin de que las personas con discapacidad puedan acceder al empleo, siempre y cuando no supongan una carga excesiva⁶.

Aunque ambas disposiciones a simple vista parecen ser similares, existen ciertas diferencias entre ellas que se reflejan en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea.

Los ajustes razonables se han aplicado de manera muy desigual. Si bien es cierto que todos los Estados han adoptado una normativa en la materia no lo es menos que existe un mosaico de legislaciones desiguales, carentes de un método común de implementación y armonía.

A partir de este contexto, el objetivo principal de este artículo es analizar, desde una perspectiva comparada, la configuración normativa de los ajustes razonables en las legislaciones internas de Estados miembros de la Unión Europea. A tal efecto, se estudiará su caracterización normativa actual, su ámbito de aplicación material y personal, su contenido y las consecuencias derivadas de su incumplimiento, con el propósito de establecer el modo en el que los Estados miembros han influido en la aplicación de los ajustes razonables y de brindar una serie de recomendaciones para asegurar el correcto cumplimiento de este dispositivo de garantía del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad.

2. AJUSTES RAZONABLES: SU IMPLEMENTACIÓN EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1. Ámbito de aplicación material

A diferencia de la CIDPD, que extiende la aplicación de los ajustes razonables a “todos los derechos humanos y libertades fundamentales”⁷, la Directiva 2000/78/CE, de acuerdo con el artículo 3, solo se aplica en el ámbito del acceso al empleo, la ocupación y la formación profesional (incluyendo tanto al sector público como privado).

Esta disconformidad normativa se evidencia en los Estados miembros donde la cuestión es poco homogénea. La obligación de ajustes razonables es común al menos en el contexto educativo en países como Hungría, Bulgaria, Suecia y Finlandia. En otros Estados el ámbito de aplicación es más extensivo, llegando incluso a abarcar la vivienda, el suministro de bienes y servicios incluidos el transporte y las telecomunicaciones, la seguridad social y la asistencia sanitaria (este es el caso de Países Bajos, República Checa, Croacia, España, Francia, Eslovaquia, Chipre y Eslovenia). Finalmente, en un tercer grupo, no se

⁶ Establece textualmente el artículo 5: “A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”.

⁷ Además, a lo largo del texto de la CDPD, se hace referencia explícita a la obligación de los Estados de introducir ajustes razonables en un número de áreas específicas: libertad y seguridad de la persona (artículo 14.2), educación (artículo 24) y trabajo y empleo (artículo 27).

contemplan los ajustes razonables fuera del ámbito del empleo: Dinamarca, Italia, Lituania, Polonia, Estonia y Rumania⁸.

Las instituciones comunitarias han intentado solventar esta aparente contradicción con la adopción de la Propuesta de Directiva por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, de 2 de julio de 2008, en la que se amplía el ámbito de aplicación de la discriminación por discapacidad (y por ende, de los ajustes razonables) a la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, los beneficios sociales, la educación y el acceso y suministro de bienes y servicios, como la vivienda (artículo 3).

Lamentablemente, esta Propuesta de Directiva no ha prosperado por las reservas que todavía mantienen los Estados miembros. Con lo cual, siguen existiendo diversos niveles de protección para las personas con discapacidad en la Unión Europea.

2.2. Ámbito de aplicación personal

En cuanto al ámbito de aplicación personal, la obligación de realizar ajustes razonables contenida en la CDPD debe extenderse en favor de las personas con discapacidad, que de acuerdo con el artículo 1 “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”⁹.

Por su parte, el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE opera en favor de las personas con discapacidad, si bien no se establece ninguna definición al respecto¹⁰.

El concepto de la discapacidad ha sido objeto de varios pronunciamientos del TJUE durante los últimos años. En particular, desde la ratificación de la

⁸ McColgan, Aileen (2013): *National protection beyond the two EU Anti-discrimination Directives*, Comisión Europea, Bruselas, pp. 27 y ss. Disponible en: <http://www.equalitylaw.eu/publications/thematic-reports>.

⁹ La cuestión de si se debía o no incluir una definición de la discapacidad en la CDPD fue muy controvertida. La Comisión Europea, en particular, abogaba por seguir el enfoque adoptado en la Directiva 2000/78/CE, y no incluir ningún tipo de definición. En última instancia, se decidió no incluir un concepto, debido a la complejidad de la tarea y el riesgo de que ciertos grupos quedasen excluidos del ámbito personal de aplicación de la Convención. Como solución de compromiso, sin embargo, se incluyó una orientación sobre quien debía ser considerado como una persona con discapacidad. Para mayor discusión y análisis de los antecedentes de esta decisión, véase: LAWSON, Anna (2007): “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 2 (34), pp. 593-595; DE BÚRCA, Grainne (2010): “The European Union in the negotiation of the Disability Convention”, *European Law Review*, 2 (35), p. 191.

¹⁰ El Parlamento Europeo en su Informe sobre la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)), de 20 de marzo de 2009, ha propuesto extender la prestación de los ajustes razonables, incluso, a personas vinculadas con una persona con discapacidad, cuando los ajustes sean necesarios para permitir que dichas personas puedan ofrecer asistencia personal a una persona con discapacidad (enmienda 42).

CDPD por parte de la Unión Europea, el Tribunal ha cambiado su enfoque con el fin de establecer un concepto acorde con el artículo 1 de la CDPD. En este sentido, ha afirmado que la discapacidad debe entenderse como una “limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”¹¹.

Ciertamente, esta nueva interpretación del TJUE representa una mejora considerable con respecto a la anterior¹². No obstante, se mantiene cierta preocupación por parte de un sector doctrinal que considera que el concepto de discapacidad ofrecido por el Tribunal sigue siendo muy limitado. En efecto, la necesidad de demostrar que la discapacidad representa un obstáculo en la vida profesional, supone un claro déficit con respecto al nivel de protección ofrecido por la CDPD que no exige para su aplicación tal requisito.

A nivel nacional, la situación no es menos problemática. La mayor parte de los Estados miembros cuentan con definiciones de discapacidad en sus ordenamientos jurídicos aunque estas a menudo se derivan del contexto de la legislación de seguridad social en lugar de la normativa antidiscriminatoria¹³, situación que es realmente preocupante¹⁴. Tres aproximaciones coexisten: en primer lugar, algunos Estados no cuentan con una definición legislativa de la discapacidad, y por ende, su significado es elaborado jurisprudencialmente (Dinamarca y Finlandia). En otros, por el contrario, la definición de discapacidad se consagra legislativamente aunque de forma más restrictiva que en la CDPD y la reciente jurisprudencia del TJUE (Austria, República Checa, Estonia, Italia, Letonia, Polonia, Suecia y el Reino Unido). Por último, en un tercer grupo, se establece un concepto de discapacidad más consistente con el modelo social

¹¹ STJUE, *HK Danmark*, en nombre de *Jette Ring* contra *Dansk almennyttigt Boligselskab* y *HK Danmark*, en nombre de *Lone Skouboe Werge* contra *Dansk Arbejdsgiverforening* en nombre de *Pro Display*, de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11 (apartado 38).

¹² Inicialmente, en el asunto *Sonia Chacón Navas* contra *Eurest Colectividades SA*, de 11 de julio de 2006, el TJUE asume un concepto de discapacidad mucho más restrictivo. Así, afirma que la discapacidad “se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional” (apartado 43). Dicha limitación debe ser de larga duración, siendo este inciso el que precisamente determina la diferencia entre enfermedad y discapacidad

¹³ Chopin, Isabelle; Germaine, Catharina (2016): *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2015. A comparative analysis of the implementation of EU non-discrimination law in the EU Member States, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Iceland, Liechtenstein, Montenegro, Norway, Serbia and Turkey*, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, p. 21. Disponible en: <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3824-a-comparative-analysis-of-non-discrimination-law-in-europe-2015-pdf-1-12-mb>

¹⁴ La definición de discapacidad contenida en el derecho de la seguridad social debe ser, necesariamente, muy estricta y limitada, ya que de ella dependerá el acceso a ciertos beneficios económicos que suelen ser escasos. Por esta razón, es probable que solo las personas con discapacidades más severas puedan acceder a este tipo de recursos, toda vez que no pueden acceder al mercado de trabajo. Waddington, Lisa; Lawson, Anna (2009): *Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, p. 22. Disponible en: http://www.equalitylaw.eu/index.php?option=com_edocman&task=document.viewdoc&id=1336&Itemid=295

propuesto por el TJUE (Grecia, Malta, Portugal y España¹⁵), aunque algunas inconsistencias todavía permanecen¹⁶.

2.3. Contenido del ajuste

La mayor dificultad que ha generado la consagración jurídica de los ajustes razonables, por parte de los Estados miembros, deviene del hecho de que ni en la Convención ni en la Directiva se establece lo que debe considerarse por “razonable”, indicando meramente que desaparecerá ese carácter cuando los ajustes supongan una “carga excesiva” al empleador¹⁷.

En este sentido, algunos Estados han limitado la razonabilidad del ajuste únicamente al coste económico que genere a la empresa (por ejemplo: Finlandia y Alemania). Otros, no obstante, se han decantado por considerar que el ajuste razonable es una adaptación que responde eficazmente a las necesidades de las personas con discapacidad (Países Bajos, Irlanda y Francia). Y, finalmente, un tercer grupo, entiende el ajuste razonable como un ajuste que no ocasiona dificultades o gastos excesivos para el empleador y es eficaz en la satisfacción de las necesidades de las personas con discapacidad (Reino Unido, Grecia, Bélgica, España y Letonia).

De esta forma, el término “razonable” implica que cualquier ajuste debe ser eficaz a fin de que una persona con discapacidad participe en las actividades relacionadas con el empleo, siempre y cuando no suponga una carga excesiva para el empleador.

Ahora bien, para determinar la eficacia del ajuste razonable, en ocasiones las leyes nacionales proporcionan ejemplos de adaptaciones o incluyen listas no exhaustivas de los ajustes, siguiendo el modelo de la formulación hecha en el

¹⁵ En el caso específico de España, el artículo 4 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, prevé una definición de discapacidad que puede dividirse en dos partes. La primera parte, está plenamente en consonancia con la CDPD y el modelo social: “Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. La segunda parte, en cambio, afirma que “Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento”. Esto implica que solo las personas que tienen un grado mínimo del 33% de discapacidad tiene derecho a los ajustes razonables. Cuestión que resulta ser realmente preocupante. Al respecto, véase: Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre España, septiembre de 2011.

¹⁶ Ferri, Delia; Lawson, Anna (2016): *Reasonable accommodation for disabled people in employment. A legal analysis of the situation in EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, p. 62 y ss. Disponible en: <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3724-reasonable-accommodation-for-disabled-people-in-employment>.

¹⁷ El apartado 21 de la exposición de motivos de la Directiva ofrece una orientación sobre la evaluación del ajuste, a fin de determinar si supone o no una carga excesiva. De este modo, indica: “Para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que éstas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda”.

considerando 20 de la Directiva¹⁸. Este es el caso de Hungría, Irlanda, Malta, Rumania, Polonia y Suecia. En otros casos, por el contrario, no se establece nada el respecto (Italia)¹⁹.

En general, podría decirse que en todos los Estados miembros los ajustes pueden dividirse en dos clases: en primer lugar, las soluciones técnicas (que incluyen dispositivos de asistencia u otras adaptaciones físicas o estructurales), y en segundo lugar, las disposiciones organizativas (redistribución de funciones, teletrabajo, permiso de discapacidad, licencia extendida o adicional, reubicación en una oficina diferente, etc.)²⁰.

Con respecto a la “carga excesiva” las legislaciones nacionales también discrepan. En la mayoría de los casos, para establecer si la carga es excesiva o no, se siguen los principios orientadores apartado 21 de la exposición de motivos de la Directiva, a saber: el coste financiero de ajuste, los recursos económicos de la empresa u organización y la posibilidad de obtener fondos públicos u otro tipo de ayuda (por ejemplo, Estonia, Finlandia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, España y Portugal)²¹.

En otro grupo de Estados (como Austria, República Checa, Malta, Eslovaquia y Eslovenia) las normas nacionales prescriben una evaluación más general del ajuste a fin de determinar si supone o no una carga excesiva. Así, se afirma que el coste financiero del ajuste no debe considerarse de forma aislada, sino en relación con otros factores tales como la actividad de la empresa y el beneficio que supone para la persona con discapacidad y para el resto de los particulares la realización del ajuste²². Enfoque que parece más acorde con lo establecido en el artículo 2 de la CDPD, toda vez que supone una evaluación más exhaustiva en la que el derecho de la persona con discapacidad es fundamental.

¹⁸ Considerando 20: “Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”. El TJUE en su sentencia *HK Danmark, en nombre de Jette Ring contra Dansk almennyttigt Boligselskab y HK Danmark, en nombre de Lone Skouboe Werge contra Dansk Arbejdsgiverforening en nombre de Pro Display*, ha admitido que “la enumeración de medidas adecuadas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, contenida en el vigésimo considerando de la Directiva 2000/78, no es exhaustiva y, por tanto, la reducción del tiempo de trabajo, aunque no estuviera comprendida en el concepto de «pautas de [tiempo de] trabajo», puede considerarse como una medida de ajuste contemplada en el artículo 5 de esta Directiva en los casos en los que la reducción del tiempo de trabajo permita al trabajador continuar ejerciendo su empleo, conforme al objetivo perseguido por dicho artículo” (apartado 56). STJUE, del 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11.

¹⁹ Ferri, Delia; Lawson, Anna (2016), op. cit., pp. 70 y 71.

²⁰ Sobre los tipos de ajustes razonables implementados por los Estados miembros, véase: Ferri, Delia; Lawson, Anna (2016), op. cit., p. 71 y ss.

²¹ La Propuesta de Directiva por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, de 2 de julio de 2008, realiza un mayor énfasis en esta cuestión y especifica algunos factores que a tenerse en cuenta para determinar lo que debe considerarse como “carga excesiva”. Así se establece en el artículo 4: “2. A efectos de valorar si las medidas necesarias para cumplir con el apartado 1 pueden suponer una carga desproporcionada, se tomarán en consideración, en particular, el tamaño y los recursos de la entidad de que se trate, su naturaleza, los gastos estimados, el ciclo de vida de los bienes y servicios, y los posibles beneficios que un mejor acceso reportaría a las personas con discapacidad. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro en materia de igualdad de trato”.

²² Ferri, Delia; Lawson, Anna (2016), op. cit., p. 74.

Por su parte, en Croacia, Dinamarca, Italia y los Países Bajos, la ley no define el término “carga excesiva”, sino que corresponde a los tribunales determinar los factores a considerar para decidir si el ajuste puede considerarse como una carga excesiva²³.

A nuestro juicio, independientemente de la postura que adopten los Estados, la razonabilidad que se exige en los ajustes no puede suponer una vía de escape de la exigencia de accesibilidad universal y convertirse en una estrategia que permita ocultar verdaderos casos de discriminación en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Por tanto, siempre que se quiera justificar la no realización de los ajustes se requiere de la realización del test de proporcionalidad que exige una argumentación mayor²⁴.

2.4. Consecuencias derivadas del incumplimiento de proveer ajustes razonables

La CDPD establece expresamente que la falta de ajustes razonables constituye una discriminación por discapacidad, mientras que la Directiva 2000/78/CE no indica nada al respecto. Esta cuestión tiene implicaciones significativas, toda vez que permite determinar la naturaleza de los recursos disponibles en caso de incumplimiento y la posible participación de algún organismo de igualdad en el procedimiento.

En la mayoría de los Estados miembros, la falta de ajustes está considerada como una discriminación. Concretamente, en Croacia, Finlandia, Francia, Alemania, Irlanda, Países Bajos, Eslovaquia, España, Suecia y Reino Unido la falta de ajustes es tratada como una forma distinta de discriminación y no como un medio para establecer alguna otra forma más amplia de la discriminación (por ejemplo, discriminaciones directas o indirectas). Diferente situación ocurre en Polonia, Grecia, Malta, Austria, República Checa y Dinamarca, donde la falta de ajustes razonables se considera como una discriminación directa o indirecta²⁵.

En algunos casos, la falta de ajuste no constituye una forma de discriminación de acuerdo con la norma nacional (por ejemplo, Chipre, Hungría, Eslovenia e Italia), aunque los tribunales suelen realizar una interpretación conforme a la CDPD. En un último grupo de países (Estonia y Letonia), la falta de ajustes razonables no constituye una discriminación, cuestión que es a todas luces incompatible con la CDPD²⁶.

Casi todos los Estados miembros que consideran la falta de ajustes razonables como una discriminación cuentan en sus legislaciones con una serie de recursos en caso de incumplimiento (generalmente los mismos que están disponibles para otras formas de discriminación). En algunos casos, el único recurso disponible es la solicitud de los daños y perjuicios causados por la falta de ajuste, cuestión que puede sustentarse en la libertad de contratación y la reticencia

²³ Ferri, Delia; Lawson, Anna (2016), op. cit., p. 76.

²⁴ En este sentido, véase: De Asís Roig, Rafael (2013): Sobre la accesibilidad universal, Conferencia internacional 2008-2013: cinco años de la vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Madrid, p. 13.

²⁵ Ferri, Delia; Lawson, Anna (2016), op. cit., p. 84.

²⁶ Ferri, Delia; Lawson, Anna (2016), op. cit., p. 85.

a interferir en el funcionamiento de las empresas y otras relaciones laborales (por ejemplo, Austria, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Polonia, Bélgica y Reino Unido). La cuestión varía en Bélgica, Croacia, República Checa, Estonia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Malta, Países Bajos, Portugal, Rumania y España, donde los tribunales pueden además ordenar al empleador la realización del ajuste²⁷.

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En líneas generales, el análisis de la configuración de los ajustes razonables en la Unión Europea y en el ámbito internacional pone de relieve que existen ciertos aspectos en los que las normativas no convergen, produciendo diferentes niveles de protección en la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad.

Tal incompatibilidad se refleja en los Estados miembros de la Unión Europea, que cuentan con un mosaico de legislaciones desiguales, carente de un método común de implementación y armonía en el cumplimiento de la CDPD y en la transposición de la Directiva 2000/78/CE.

Frente a este panorama, y con el fin de eliminar los diversos niveles de protección que existen, se recomienda que las instituciones comunitarias proporcionen una serie de orientaciones para aclarar algunos aspectos de los ajustes razonables que son poco claros y sobre los que existe actualmente una gran divergencia de enfoques a nivel nacional.

El primer punto a tener en consideración es la necesaria la ampliación del ámbito de aplicación material de los ajustes razonables a todas las esferas de la vida. Los ajustes para a las personas con discapacidad deben ser garantizados no solo en el ámbito del empleo sino también en la esfera educativa y social, toda vez que se trata de instrumentos que permiten el desarrollo de una vida humana digna.

En segundo lugar, conviene una nueva interpretación del concepto de “discapacidad” que sea acorde con los parámetros ofrecidos por la CDPD y en la que se suprima la referencia a la “vida profesional”.

Por otra parte, sería deseable que se establecieran una serie de pautas a seguir a la hora de interpretar si un ajuste debe considerarse como una carga excesiva o no. No basta con indicar una serie de parámetros económicos, por el contrario, debe analizarse la viabilidad del ajuste desde un punto de vista más amplio teniendo en cuenta otra serie de factores como el beneficio para el resto de los ciudadanos, el papel de las ayudas públicas, la actividad de la empresa, etc.

Finalmente, es necesario que se preste atención a otras cuestiones que, hasta la fecha, no han sido reguladas normativamente y que son diversamente tratadas por los Estados miembros, esto es, el momento en el que se activa la obligación de realizar ajustes, el procedimiento para su realización o si podría ampliarse su ámbito de aplicación personal, bien en favor de personas que estén relacionadas a las personas con discapacidad (por ejemplo, sus cuidadores o

²⁷ Ferri, Delia; Lawson, Anna (2016), op. cit., p. 86.

familiares), o bien en favor de otros colectivos que, paradójicamente, fueron los que originaron la existencia del concepto de ajuste razonable²⁸.

4. Referencias bibliográficas

- Benavides, Álvaro; Ospina, Mario; Valverde, Rosa. (2010): *Informe sobre pruebas de acceso al empleo público de las personas con discapacidad*, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
- Chopin, Isabelle; Germaine, Catharina (2016): *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2015. A comparative analysis of the implementation of EU non-discrimination law in the EU Member States, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Iceland, Liechtenstein, Montenegro, Norway, Serbia and Turkey*, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo. Disponible en: <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3824-a-comparative-analysis-of-non-discrimination-law-in-europe-2015-pdf-1-12-mb>
- De Asís, Rafael; Aiello, Ana Laura; Bariffi, Francisco; Campoy, Ignacio; Palacios, Agustina. (2007): “La accesibilidad universal en el marco constitucional español”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 16, pp. 57-82
- De Asís Roig, Rafael (2013): *Sobre la accesibilidad universal*, Conferencia internacional 2008-2013: cinco años de la vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Madrid
- De Búrca, Grainne (2010): “The European Union in the negotiation of the Disability Convention”, *European Law Review*, 2 (35), pp. 174-196
- Ferri, Delia; Lawson, Anna (2016): Reasonable accommodation for disabled people in employment. A legal analysis of the situation in EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo. Disponible en: <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3724-reasonable-accommodation-for-disabled-people-in-employment>
- Lawson, Anna (2007): “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 2 (34), pp. 563-619
- Lawson, Ana. (2010): “Reasonable Accommodation and Accessibility Obligations: Towards a More Unified European Approach?”, *European Anti-Discrimination Law Review*, 11, pp. 11-21
- Mccolgan, Aileen (2013): *National protection beyond the two EU Anti-discrimination Directives*, Comisión Europea, Bruselas. Disponible en: <http://www.equalitylaw.eu/publications/thematic-reports>
- Pérez Bueno, Luis Cayo. (2012): “La configuración jurídica de los ajustes razonables”. En L. Pérez (dir.). *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ediciones Cinca, pp. 159-183
- Waddington, Lisa; Lawson, Anna (2009): *Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo. Disponible en: http://www.equalitylaw.eu/index.php?option=com_edocman&task=document.viewdoc&id=1336&Itemid=295

²⁸ Nos referimos aquí a las personas que profesen una determinada religión o creencia. El concepto de ajustes razonables surgió, por primera vez, en Estados Unidos y Canadá con motivo de la discriminación religiosa en el ámbito del empleo. Posteriormente, se extendió su aplicación a otros grupos o minorías, principalmente personas con discapacidad, aunque también (al menos en Canadá) se abarcaron otros motivos discriminatorios como el origen étnico, la edad, la situación familiar, el sexo o el embarazo. En la Unión Europea y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la evolución del derecho antidiscriminatorio ha tomado un camino diferente: se ha establecido un derecho explícito de ajustes razonables pero solo con respecto a la discapacidad. Sin embargo, la cuestión de si los ajustes se pueden aplicar a otros rasgos protegidos por las Directivas es cada vez más relevante.