

Discapacidad, enfermedad e incapacidad y su relación con la extinción del contrato de trabajo: puntos críticos

Disability, illness and incapacity and their relationship with the termination of the employment contract: critical points

LOURDES MELLA MÉNDEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social

Universidad de Santiago de Compostela

Orcid: 0000-0001-6486-5589

lourdes.mella@usc.es

Resumen: *Este trabajo analiza la normativa nacional e internacional que, en los últimos años, se ha venido aprobando para proteger a las personas discapacitadas y contribuir a su inclusión laboral y social en condiciones de igualdad y no discriminación. Dicha normativa ha ido acompañada de la flexibilización del propio concepto de discapacidad, con el fin de dar amparo a un número creciente de personas que se hallan en diferentes situaciones de alteración de la salud, las cuales reducen su capacidad laboral. Un paso clave en esta corriente protectora es la STJUE de 18 de enero de 2024, que exige al empresario la valoración de los ajustes razonables antes de proceder a la extinción contractual por incapacidad permanente del trabajador. Se pone, así, fin a una interpretación literal del art. 49.1.e) ET, que parecía permitir la automaticidad de la extinción tras la resolución firme de IP. Esta sentencia obliga también al legislador español a modificar el citado precepto estatutario, cuyo proyecto de reforma (ya publicado) contiene importantes novedades, apostando por la inclusión laboral de la persona discapacitada a través de la solicitud de los ajustes razonables en el puesto de trabajo o el cambio a otro compatible.*

Palabras clave:

Discapacidad, enfermedad, incapacidad, extinción del contrato, incapacidad permanente, ajustes razonables.

Abstract: *This paper analyses the national and international regulations that have been approved in recent years to protect disabled people and contribute to their labour and social inclusion in conditions of equality and non-discrimination. These regulations have been accompanied by the flexibility of the very concept of disability, in order to provide protection to a growing number of people who are in different situations of health impairment, which reduce their work capacity. A key step in this protective trend is the ECJ ruling of 18 January 2024, which requires the employer to assess reasonable adjustments before proceeding to the termination of the contract due to permanent disability of the worker. This puts an end to a literal interpretation of art. 49.1.e) Workers Statute, which seemed to allow the automaticity of termination after the firm resolution of permanent disability. This ruling also forces the Spanish legislator to modify the aforementioned statutory provision, whose draft reform (already published) contains important new features, supporting the labour inclusion of disabled people through the request for reasonable adjustments in the workplace or the change to another compatible one.*

Keywords:

Disability, illness, incapacity, termination of contract, permanent disability, reasonable adjustments.

Fecha de recepción: 28-6-2024

Fecha de aceptación: 23-7-2024

Fecha de revisión: 16-9-2024

1. INTRODUCCIÓN. SOBRE LA INCLUSIÓN SOCIAL Y LABORAL DE LAS PERSONAS CON

DISCAPACIDAD EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL (1)

En relación con la discapacidad de las personas, si de algo podemos congratularnos, es del importante avance que, durante las últimas décadas, se ha producido en su enfoque y tratamiento legal y jurisprudencial, tanto en el ámbito nacional como internacional. En efecto, el paso del modelo médico-rehabilitador al modelo social de la discapacidad (2) se ha consolidado a través de un importante *corpus* normativo que concibe a las personas discapacitadas como valiosas (y no como meros enfermos) para la sociedad, a la que tienen mucho que aportar, y, por lo tanto, aquella debe preocuparse por proteger sus derechos fundamentales y ordinarios para lograr su plena autonomía e independencia y su efectiva inclusión social, particularmente importante en el ámbito laboral. En este sentido, la consecución de esta verdadera inserción social y laboral de las personas con discapacidad exige el total respeto al principio general de la igualdad de trato y la no discriminación, en todas sus concretas manifestaciones, tal y como los grandes textos normativos proclaman con reiteración.

Uno de estos textos internacionales es la Carta Social Europea revisada de 1996 (3), del Consejo de Europa, en vigor desde 1999, ratificada por España el 17 de mayo de 2021, que (tras los civiles y políticos) aborda la segunda generación de derechos fundamentales para las personas discapacitadas: los económicos y sociales. Así, su art. 15 recoge el derecho de estas personas a su plena autonomía, integración social y a la participación en la vida de la comunidad. Con tal fin, las partes firmantes se comprometen a promover el acceso al empleo de aquellas mediante «las medidas encaminadas a estimular a los empleadores para que contraten y mantengan empleadas a las personas discapacitadas en el entorno habitual de trabajo y a *adaptar las condiciones de trabajo a sus necesidades* o, cuando ello no sea posible por razón de la discapacidad, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad». Estas medidas pueden exigir, en determinados casos, el recurso a servicios especializados de colocación y de apoyo (núm. 2). Aun sin una referencia directa, los ajustes razonables ya se pueden entender incluidos en la expresión en cursiva (mía).

En cuanto al Derecho de la Unión Europea, cabe destacar algunos de los grandes Tratados constitutivos de esta, como el «Tratado fundacional de la UE» o la «Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea». El primero, al igual que el TUE de Maastricht (1992), se manifiesta contra todo tipo de discriminación, pero, en su versión derivada del Tratado de Lisboa (4), ya menciona expresamente la discapacidad, y declara la disposición del Consejo para adoptar acciones concretas para luchar contra aquella (arts. 10 y 19.1 Tratado de Lisboa). De otro lado, la citada Carta (proclamada, por primera vez, el 7 diciembre de 2000 (5)) avanza en la materia. Dicha norma, tras prohibir la discriminación por discapacidad (art. 21.1 Acuerdo 7 diciembre 2000), prevé el reconocimiento genérico por la UE del «derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad» (art. 26 Acuerdo 7 diciembre 2000). Parece que entre dichas medidas pueden hallarse —aun sin mención expresa— los ajustes razonables.

Por su parte, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, resulta más precisa. Aquella comienza fijando su objetivo en la lucha contra toda clase de discriminación y por todo motivo, incluido la discapacidad, con el fin de lograr el respeto al principio de igualdad de trato en el referido ámbito del empleo y la ocupación (art. 1 Directiva 2000/78/CE). Después, como medida estrella para conseguir tal fin, en relación con las personas con discapacidad, se impulsa —ya de forma directa y central— la adopción de *los ajustes razonables*. Así, se precisa que los empresarios deberán tomar «las medidas adecuadas» (sobre

las que profundiza en el preámbulo), en función de las necesidades de cada situación particular, para permitir a las personas discapacitadas «acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación». Todo ello, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario, definiendo cuándo no se considera así (art. 5 Directiva 2000/78/CE) (6) . En esta línea, se aclara que la obligación de realizar los citados ajustes no significa que la Directiva obligue «a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación» (7) . Por lo demás, resulta destacable la declaración de compatibilidad entre el principio de igualdad de trato y las medidas específicas que los Estados parte puedan aprobar para prevenir o compensar las desventajas de este colectivo, como las relativas a la protección de su seguridad y salud en el lugar de trabajo, o las medidas de acción positiva para facilitar su inserción laboral (art. 7 Directiva 2000/78/CE).

De otro lado, una de las principales normas internacionales en impulsar el cambio de paradigma sobre el tratamiento de las personas con discapacidad es la conocida «Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad», de las Naciones Unidas, aprobada el 13 de diciembre de 2006 (también llamada Convención de la ONU o de Nueva York). Para dicha Convención, la discapacidad es «un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno, que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» [preámbulo, e)]. De ahí, que la Convención se centre en dos líneas complementarias: la afirmación del ejercicio pleno por las personas discapacitadas de sus derechos humanos y laborales y la prohibición de toda discriminación o trato desigual injustificado, poniendo especial atención en la accesibilidad y el diseño universales y la vida independiente y autónoma de aquellas. Para el logro de estos objetivos, los Estados parte se comprometen, por ejemplo, a impulsar medidas de toma de conciencia sobre la situación y derechos de este colectivo, sus capacidades, méritos y aportaciones en relación con el lugar de trabajo, promoviendo su incorporación y mantenimiento en el mercado laboral y luchando contra todo tipo de estereotipos y prejuicios (art. 8 Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad). Para garantizar esa efectiva actividad laboral, los Estados miembros deben hacer todo lo necesario para impulsar la adopción de la que será, desde entonces y hasta la actualidad, una medida estrella: la realización de los denominados «ajustes razonables» [arts. 2, 5.3 y 27.1.i) Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad], lo que se aplica, incluso, para el acceso a la educación y la formación profesional, entendida en sentido amplio (art. 24.5 Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad).

La UE firmó esta Convención de las Naciones Unidas el 30 de marzo de 2007, para después ratificarla el 23 de diciembre de 2010 (8) , convirtiéndose en el primer tratado internacional ratificado a nivel comunitario. A partir de ahí, este texto ha influido poderosamente en el Derecho de la UE, como se puede comprobar en la adopción de la denominada «Estrategia europea sobre discapacidad» (2010-2020), y en su actual versión para el presente decenio, en la «Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad» (2021-2030), aprobada en marzo de 2021.

En nuestro país, la Convención de la ONU fue ratificada el 3 de diciembre de 2007, entrando en vigor el 3 de mayo de 2008. Su influencia es clara en el actual Texto Refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (LGDPD), que deroga la normativa anterior que ya apuntaba la necesidad de apoyar la inclusión social de estas personas con servicios especializados y ayudas técnicas complementarias (9) . Esta nueva

LGDPD 1/2013 refuerza este objetivo diseñando una atención integral para que la persona discapacitada adquiera su máximo nivel de desarrollo y autonomía personal, logrando o manteniendo su máxima independencia, capacidad física, mental y social, lo que debe traducirse en su inclusión y plena participación en todos los aspectos de la vida, incluida la obtención de un empleo adecuado. Así, el apoyo para la actividad profesional puede incluir programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo. En este sentido, son claves la orientación profesional o la formación, la readaptación y recualificación profesionales (arts. 13.2 y 17 RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre).

La importancia que el legislador concede al acceso o mantenimiento del empleo de las personas discapacitadas se aprecia en la detallada regulación de los servicios y prestaciones que se dan tanto a las empresas que las contratan como, en ocasiones, a aquellas directamente (capítulo VI, título I). Las prestaciones económicas (subvenciones o préstamos) buscan promover su contratación, la adaptación de los puestos, la eliminación de barreras o, en fin, consisten en bonificaciones en las cuotas de la seguridad social; también hay ayudas para que la persona se establezca como trabajador autónomo (10). El apoyo que se presta a este colectivo es para impulsar todo tipo de empleo: el ordinario, el protegido y el autónomo.

En referencia al primero, la ayuda puede relacionarse con: 1) la obligación empresarial de adaptar el puesto de trabajo para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad (art. 40 RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre); 2) los servicios de empleo con apoyo, que realizan acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo para facilitar la adaptación de las personas discapacitadas con especiales dificultades de inserción laboral en las empresas ordinarias (11); 3) las cuotas de reserva de puestos de trabajo del 2% (u otras medidas alternativas) en las empresas públicas o privadas con 50 o más trabajadores (12). Por lo que respecta al empleo protegido, cabe destacar el papel que juegan los centros especiales de empleo (13), que realizan una actividad productiva de bienes o servicios en el mercado y aseguran al trabajador un empleo remunerado, bajo una relación laboral de carácter especial [art. 2.1.g) ET]. Estos centros también deben prestar los correspondientes servicios de ajuste personal y social para que las personas discapacitadas puedan superar las barreras y obstáculos que encuentren para incorporarse a esos puestos y permanecer y progresar en ellos. Al margen de estos centros, el legislador aún regula los denominados enclaves laborales, con el objetivo de facilitar la transición de estas personas del empleo protegido al ordinario (14).

Por lo demás, como un ejemplo adicional del interés del legislador por incorporar a estas personas discapacitadas a la sociedad y al mercado de trabajo, resulta importante mencionar los denominados centros ocupacionales. Estos centros ofrecen servicios de terapia ocupacional y de ajuste personal y social para lograr el máximo desarrollo de estas personas y «facilitar su capacitación y preparación para el acceso al empleo». De manera paralela, estos centros pueden acoger a las personas discapacitadas que, ya han desarrollado una actividad laboral, pero no han conseguido «una adaptación satisfactoria» o han empeorado en su situación personal (15).

De otro lado, todas estas medidas dirigidas a la incorporación social y laboral de las personas discapacitadas contribuyen —y deben ser conformes— a la observancia del principio fundamental de la igualdad de trato y la no discriminación de aquellas (art. 35 RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre). El legislador dedica especial atención a este punto, tanto cuando lo desarrolla en el título II («igualdad de oportunidades y no discriminación») como cuando prevé las infracciones y sanciones en la materia, en el título III de la LGDPD. Este principio constitucional equivale a «la ausencia de toda discriminación directa o indirecta» por motivo o razón de discapacidad, «en el empleo, en la formación y la promoción profesionales» y en el disfrute de las

condiciones de trabajo (art. 36 RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre). Los poderes públicos tienen la responsabilidad de establecer medidas contra la discriminación que tengan como fin prevenir o corregir que una persona sea tratada, directa o indirectamente, de manera «menos favorable que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable», por motivo o razón de su discapacidad (16) . Las medidas antidiscriminatorias pueden consistir, aparte de en una declaración general de prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, en exigencias concretas de accesibilidad, eliminación de obstáculos y realización de ajustes razonables (art. 66 RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre). *A sensu contrario*, el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas discapacitadas es vulnerado cuando se producen actos discriminatorios, acosos (17) o incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables o de las medidas de acción positiva (art. 63 RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre), lo que debe determinar la nulidad del acto en cuestión.

En esta línea, pero aún de manera más ambiciosa, viene a expresarse la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Dicho texto pretende convertirse en una norma de garantías (que proteja, con efectividad, los derechos existentes), de carácter general e integral (respecto de las víctimas y los motivos de la discriminación), situando a España en la vanguardia mundial de la protección de la igualdad. Dicha Ley hace una nueva trasposición, más completa y adecuada, de la ya citada Directiva 2000/78/CE; además, aquella añade nuevos motivos de discriminación relacionados con la salud de la persona trabajadora (aparte de la discapacidad), cuales son: la enfermedad o la condición de salud, el estado serológico y/o la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos (18) . Para el legislador español, la enfermedad de la persona no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven «del propio proceso de tratamiento» de aquella, «de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud públicas» (19) . Por lo demás, se reitera el carácter discriminatorio de la conducta consistente en la denegación de ajustes razonables o incumplimiento de medidas de acción positiva (20) , a la vez que se dedica especial atención a la igualdad de trato en el empleo por cuenta ajena y propia (21) , así como a las medidas de protección y reparación de la víctima (22) .

Finalmente, hay que señalar que este objetivo del legislador español de promover la inserción social y laboral y luchar contra todo acto de discriminación de las personas con discapacidad se refleja en el reciente cambio del art. 49 CE (23) . Resulta relevante, por un lado, la sustitución del peyorativo término «disminuidos» por el más neutro de «persona con discapacidad»; por otro, se insiste en que «los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad», lo que permite entender que incluye el deber empresarial de realizar los ajustes razonables en el puesto de trabajo. De hecho, ya antes de la reforma, el TC había dictado varias sentencias declarando el derecho del demandante discapacitado a los referidos ajustes en el ámbito de la educación (24) , del proceso penal (25) y del empleo (26) , como se profundizará *infra*.

En todo caso, en el ámbito de la normativa laboral, cabe destacar el art. 25 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, que exige al empresario garantizar, de manera específica, la protección de «los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo». Estos trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro. Por su parte, la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo, presta especial atención a las personas discapacitadas para evitar toda discriminación y conseguir su plena

inserción laboral. Así, aquellas se consideran un grupo social que requiere políticas específicas de empleo, con itinerarios y programas dirigidos a su orientación, formación, empleabilidad e inclusión social (27) .

2. APUNTE SOBRE EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD, EN RELACIÓN CON LA ENFERMEDAD Y LA INCAPACIDAD

Sabido es que, a nivel europeo, la Directiva 2000/78/CE se centró más en establecer un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación que a conceptualizar las situaciones de discriminación que puedan amenazar aquella igualdad, por lo que carece de una definición propia de discapacidad. Esta tradicional falta de precisión legal entorno al concepto de discapacidad y su contenido y límites ha generado múltiples conflictos en los tribunales, especialmente al querer la persona demandante beneficiarse de la tutela antidiscriminatoria propia de aquel en determinadas situaciones de enfermedad o incapacidad. Más claramente, ante sanciones o despidos producidos en situación de enfermedad o incapacidad temporal, la persona afectada ha venido reclamando la aplicación de la normativa internacional y europea de discapacidad para obtener la nulidad de aquellos. Esta situación ha determinado la creciente importancia de las sentencias del TJUE en la materia (28) , las cuales han ido evolucionando con el tiempo desde una posición más restrictiva a otra más inclusiva y protectora para la persona enferma e incapaz. En este sentido, cabe resaltar —aun sumariamente— los siguientes grandes criterios judiciales, que han ido moldeando y ampliando el citado concepto de discapacidad en el ámbito europeo:

1) *La enfermedad no equivale a discapacidad ni está incluida en el ámbito de la Directiva 2000/78*. Así, por ejemplo, la STJUE (Gran Sala) de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas* (29) , determinó que una persona que había sido despedida por su empresario, exclusivamente a causa de una *enfermedad*, no estaba incluida en el marco general de protección de la Directiva 2000/78/CE para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad. Más claramente, «la enfermedad, en cuanto tal, no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación». Para el citado órgano jurisdiccional, cuando el legislador comunitario se refiere al concepto de «discapacidad» en el art. 1 de la mencionada Directiva 2000/78/CE, lo hace deliberadamente, eligiendo un término que difiere del de «enfermedad». Así pues, es preciso excluir «la equiparación pura y simple de ambos conceptos». Por lo tanto, en el caso de autos, el empresario no quedaba obligado a realizar los ajustes razonables para mantener al trabajador en la empresa y lo podía despedir, aun estando de baja y en situación de incapacidad temporal. Ello determinó que, aunque dicho despido no fuese lícito, se calificase de improcedente y no nulo por el juez nacional español. En el ámbito nacional, la distinción entre la enfermedad y la discapacidad es mantenida, por ejemplo, por las SSTS de 22 de noviembre de 2007 (30) y 3 de mayo de 2016 (31) .

2) *La enfermedad puede quedar incluida en el ámbito de la Directiva analizada cuando cumpla determinados requisitos de limitación de la capacidad laboral*. A raíz de la ratificación de la Convención de la ONU por la UE (2010), el TJUE empezó a cambiar su tratamiento de la enfermedad. Un buen ejemplo de esto es la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de abril de 2013, *HK Danmark* (32) . En el supuesto analizado, se resuelven dos asuntos relativos al impacto que la enfermedad de los trabajadores (despedidos) tiene en el desarrollo de su actividad laboral, cuando aquella no impide esta, pero la ralentiza, bien de forma permanente o prolongada en el tiempo.

Para entender la posición del TJUE, cabe partir de la citada Convención, que considera personas con discapacidad a «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales *a largo plazo*,

que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 1, párrafo segundo). Siguiendo esta definición, el mencionado Tribunal estima que el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78/CE (no definido por esta), debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una *enfermedad*, diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea *una limitación*: a) derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas; b) que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona afectada en la vida profesional, en igualdad de condiciones con los demás trabajadores; y c) que sea *de larga duración*, excluyéndose las cortas.

3) *La obesidad puede convertirse, en ciertos supuestos, en una enfermedad con efectos similares a los de la discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78/CE.* La Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014, *Fag og Arbejde (FOA)* (33), sigue en la línea generosa de ampliar el ámbito de aplicación de la mencionada Directiva a situaciones nuevas y ordinarias, hasta entonces impensables, a través de su asimilación al concepto de discapacidad. Además, recuerda que este último concepto no sólo se refiere a las situaciones en las que es imposible realizar una actividad profesional, sino también a aquellas en las que existe una cierta *dificultad* para su desarrollo. Una interpretación distinta sería incompatible con el objetivo de esa Directiva, que pretende que una persona con discapacidades pueda acceder a un empleo o ejercerlo.

En el supuesto de autos, el citado órgano jurisdiccional comienza señalando lo obvio, que la referida Directiva no consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación. Con todo, concluye que, a los efectos de dicha norma, la *obesidad* de un trabajador —entendida como enfermedad— puede considerarse como "discapacidad" cuando acarree una *limitación* similar a la de esta última, o sea, con los requisitos ya conocidos. A saber, que aquella limitación: a) derive en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas; b) que sea a largo plazo; y c) que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional, en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Por lo tanto, habrá que estar a las particularidades de cada caso para analizar los efectos limitantes que la obesidad pueda conllevar para el desarrollo de la actividad laboral. En esta línea, en otra sentencia similar de 18 de enero de 2018 (*Ruiz Conejero*) (34), el TJUE llega a entender que las ausencias justificadas al trabajo por razón de la obesidad son un efecto limitante de esta, similar a los propios de la discapacidad, y, por lo tanto, la persona trabajadora merece la protección de la Directiva 2000/78/CE.

En relación con el hecho de que la obesidad puede ser debida a una conducta voluntaria de la persona, el TJUE señala que, a efectos de la Directiva en cuestión, el concepto de "discapacidad" no depende de «en qué medida la persona haya podido o no contribuir a su propia discapacidad», sino al hecho objetivo de la limitación de la capacidad existente (35).

4) *La incapacidad temporal puede, en algunos supuestos, equivaler a discapacidad y quedar protegida por el ámbito de aplicación de la citada Directiva 2000/78/CE.* La STJUE de 1 de diciembre de 2016, *Daouidi* (36), señala —con lógica— que el hecho de que la persona trabajadora se halle, conforme al Derecho nacional, en una situación de incapacidad temporal (aquí, por un accidente de trabajo) que sea, en principio, de *duración incierta* no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad (en el supuesto, en el codo izquierdo) pueda ser ya calificada de «duradera» o, más bien, «a largo plazo», según la definición de discapacidad de la Convención 2006 (art. 1), que debe inspirar la interpretación de esta Directiva.

Ahora bien, el Tribunal Europeo no excluye totalmente esta posibilidad y la relega al criterio del juez nacional (en el supuesto, un español), quien debe valorar los indicios existentes, en cada situación, para

determinar si tal limitación tiene o no tal carácter duradero. A modo de ejemplo, cabe atender a que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio (el despido disciplinario del afectado): a) la incapacidad de este «no presente una perspectiva bien delimitada», en cuanto a su finalización a corto plazo, o b) el que «dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente, antes del restablecimiento de dicha persona». Para poder valorar este complejo carácter duradero o no de la IT, el juez nacional debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en los expedientes y certificados médicos relativos al estado del enfermo. La apreciación debe ser individualizada para cada situación, objetiva y hacerse en el momento de producirse el hecho presuntamente discriminatorio, no en el que se juzga este último (37).

5) *La declaración de un trabajador como "especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo" puede llegar a equivaler, en ciertos casos, a la discapacidad de la Directiva analizada.* Tras una cuestión planteada por un juez español, la STJUE (Sala Primera) de 11 de septiembre de 2019, DW (38) (*Nobel Plastiques*), estimó que la calificación de un trabajador como «especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo» (39), en el sentido del Derecho nacional, indica que aquel no puede desempeñar (nunca o en el largo plazo) determinados puestos o tareas laborales, al suponer estos un riesgo para su propia salud o para otras personas. Así las cosas, este trabajador puede quedar comprendido en el concepto de "discapacidad" de la Directiva 2000/78/CE, siempre que ese estado de salud implique una *limitación* de su capacidad que cumpla con los tres conocidos requisitos: a) que derive de dolencias físicas, mentales o psíquicas; b) que sea a largo plazo; y c) que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena de la persona en la vida profesional, en las mismas condiciones que el resto de los trabajadores. Una vez más, el Tribunal europeo remite al órgano jurisdiccional nacional la tarea de comprobar si, en el asunto principal, concurren tales requisitos.

En todo caso, el TJUE concluye que el citado trabajador debe gozar de protección laboral, pues los datos fácticos de no poder realizar determinadas tareas, de rendir menos o de incurrir en un mayor absentismo son fruto de su situación personal de discapacidad y no pueden ser tenidos en cuenta para justificar su *despido objetivo*, como si se tratase de un trabajador con una capacidad ordinaria. En tal supuesto, se produciría una discriminación indirecta y el despido sería nulo, salvo que el empresario hubiese realizado previamente ajustes razonables para ese trabajador (art. 5 Directiva 2000/78/CE), a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.

Expuestos los puntos básicos de la doctrina del TJUE sobre el concepto de discapacidad y el generoso alcance de su protección, resulta ahora oportuno apuntar —aun someramente— su recepción por los tribunales españoles, lo que también viene determinado por la normativa interna. En este sentido, el art. 4.1 de la LGDPD 1/2013 considera que las personas discapacitadas son las 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 que los demás». Como es fácil apreciar, el concepto está tomado, casi literalmente, de la Convención de la ONU, cuyo art. 1 solo difiere al señalar que las deficiencias deben ser «a largo plazo», como ya se indicó. El que el legislador español exija que las deficiencias de la discapacidad deben ser *previsiblemente permanentes* parece indicar que es más restrictivo que el legislador de Nueva York a la hora de delimitar dicho concepto, queriendo evitar la inclusión en el mismo de situaciones que, aun siendo de cierta duración o de una duración prolongada, son temporales y pueden terminar por revertirse con el tiempo, recuperando el trabajador su capacidad laboral, al menos en parte.

Esta interpretación parece compartida por nuestros tribunales laborales, especialmente el Tribunal

Supremo, que, en general, son reacios a incluir la enfermedad y la incapacidad temporal en el concepto de discapacidad y, por lo tanto, el despido ilícito producido en tales situaciones se ha venido declarando como improcedente, pero no nulo. En este sentido, cabe señalar que se sigue más la posición cerrada del TJUE en el asunto Chacón Navas, que la más abierta expresada en el asunto Daouidi. Ciertamente, cuando el Alto Tribunal español entra a valorar los indicios que el Tribunal europeo apuntó para incluir aquellas situaciones de alteración de la salud en el concepto de discapacidad suele ser muy restrictivo y termina negando la existencia de dicho concepto (40). Para llegar a tal conclusión, el Tribunal Supremo se apoya, por ejemplo, en: 1) la dificultad de probar, en el supuesto concreto, la concurrencia de los requisitos de la discapacidad, tal y como la definió el TJUE, pues no es suficiente con acreditar el estar —o haber estado— en una situación de incapacidad temporal en el momento del despido. Así, no basta con probar un único proceso de IT, del que ni siquiera constan los motivos concretos de las dolencias que causaron la baja médica (41); o con certificar dos períodos de IT en los tres meses anteriores al despido (42). En otras palabras, las ausencias justificadas por incapacidad temporal no equivalen, sin más, a la discapacidad (43). 2) También se destaca la imposibilidad de tener en cuenta, para valorar la limitación de la capacidad laboral, hechos posteriores al acto presuntamente discriminatorio, como una posible declaración posterior de IP total (44); 3) o se alegan argumentos (discutibles) que niegan que la enfermedad sea una condición ligada, históricamente, a la opresión o a la segregación (45).

Con todo, tras la entrada en vigor de la ya citada Ley 15/2022, la posición de la persona enferma en la empresa se ve reforzada y puede que la doctrina del Tribunal Supremo, respecto del reconocimiento de la enfermedad como causa de discriminación, empiece a cambiar (46). Aunque sigue aplicándose la doctrina Daouidi (en cuanto a la enfermedad o IT como causa de discapacidad), cabe tener en cuenta que, como ya se apuntó, el legislador de 2022 añade la enfermedad o la condición de salud, el estado serológico y/o la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos como nuevas causas de discriminación (art. 2.1 Ley 15/2022, de 12 julio). Estas situaciones deben valorarse individualmente, lo que implica que la enfermedad, por sí misma, puede actuar como causa de discriminación con independencia de su naturaleza, gravedad o duración (47), incluso sin concurrencia de una baja médica y/o en período de prueba (48). Además, al trabajador le bastará con alegar esta situación como causa discriminatoria y aportar indicios fundados sobre su existencia, pues, partir de ahí, será la parte demandada (la empresa) quien deberá probar la justificación objetiva de la medida extintiva adoptada (art. 30 Ley 15/2022, de 12 julio). En algunos supuestos, esa justificación puede basarse en la imposibilidad de introducir ajustes razonables en el puesto de trabajo, por resultar una carga excesiva para el empresario.

De no conseguir la empresa probar un motivo justificado, la extinción se declarará nula de pleno derecho por constituir discriminación (la denegación de ajustes razonables puede serlo; art. 4.1 Ley 15/2022, de 12 julio), esto es, cuando quede probado que el fundamento (causa o consecuencia) de la decisión empresarial es, únicamente, el estado de salud del trabajador (art. 26 Ley 15/2022, de 12 julio). A tales efectos, es irrelevante que la enfermedad, en la que se basa la decisión empresarial ilícita, vaya acompañada o no de una baja médica o que aquella se produzca tras el alta y reincorporación del trabajador a la empresa.

Un ejemplo reciente de esta nueva posición es la STSJ Galicia de 27 de marzo de 2024 (49), que ha declarado nulo el despido objetivo de un trabajador por entender que existe discriminación por motivos de salud, *ex art.* 2.1 Ley 15/2022, de 12 julio y arts. 14 y 15 CE. En el caso de autos, tras recibir el alta de una incapacidad temporal de dos años, el trabajador es sometido a un reconocimiento médico por el servicio de prevención ajeno para evaluar su capacidad laboral, a efectos de reincorporación en su puesto. Dado que el resultado del informe de aptitud es de "no apto" para el desempeño de aquel, la empresa procede a

extinguir el contrato por ineptitud sobrevenida.

Resulta acertado el TSJ gallego cuando considera que, por un lado, el referido informe no justifica —por sí mismo— el despido cuando tiene un contenido deficiente y no refleja, con precisión, la patología sufrida por el trabajador, en el sentido de impedirle realizar las funciones de su puesto. Por lo tanto, se recomienda que estos informes técnicos sean lo más precisos posibles en relación con el estado de salud de trabajador, indicando la patología o patologías que concurren, las actividades, funciones o puestos que quedan afectadas por aquellas y el grado de reducción de la capacidad laboral que implican. Y, de otro lado, se acierta al destacar la inobservancia de la obligación empresarial de analizar la posibilidad de introducir unos ajustes razonables para mantener al trabajador en su puesto, como se debería haber hecho, sobre todo, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022 y la doctrina de la importante STJUE de 18 de enero de 2004 (*Ca Na Negreta*), que analizamos en el siguiente apartado. En definitiva, se comparte la posición del tribunal *ad quem* al entender que se está un despido sin causa real, con evidente conexión temporal con la baja médica, lo que determina su nulidad por discriminación por razón de enfermedad.

En la línea de esta nueva posición jurisprudencial, la reciente STSJ Valladolid de 24 de abril de 2024 (50) considera que la importante doctrina de la STJUE *Ca Na Negreta*, dirigida a reforzar la protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, debe ampliarse a «casos similares». Así, el empresario no puede dar por finalizado el contrato de trabajo de un trabajador que «padece una enfermedad de larga data, que supone algunos impedimentos para su puesto, sin antes considerar medidas razonables que le permitan seguir desempeñando sus funciones o reubicándolo en otro puesto adecuado». Es evidente que el despido objetivo por ineptitud sobrevenida guarda «una semejanza absoluta» con la extinción hasta ahora prevista en el art. 49.1.e) ET (51), salvo en la indemnización que procede en aquel. Sin embargo, el que exista esta reparación económica no impide que pueda estarse ante un despido discriminatorio por razón de discapacidad, si se impone aquel sin intentar los ajustes razonables previos. En consecuencia, parece que estos ajustes van a imponerse, como criterio general, antes de cualquier extinción contractual relacionada con la enfermedad y subsiguiente falta de capacidad laboral del trabajador. Además, esta posición se ve apoyada por el mencionado art. 4.1 de la Ley 15/2022, de 12 julio.

Resulta relevante destacar que esta línea extensiva de la exigencia de los ajustes razonables no es ajena a la jurisprudencia constitucional española, incluso antes de la Ley 15/2022, pues la trascendental STC 51/2021, de 15 de marzo, de la Sala Primera (52), ya planteó aquella en relación con una *sanción disciplinaria* de suspensión de empleo y sueldo a un funcionario (letrado discapacitado mental —con síndrome de Asperger— de la administración de justicia) (53). En el supuesto de autos, el trabajador solicita la introducción de dichos ajustes para poder superar la deficiencia de desempeño («obstáculos o barreras» en el ejercicio de la actividad, «debido a una discapacidad») en su puesto de trabajo, lo que no fue atendido por la administración. Para el citado órgano constitucional, la lucha contra la discriminación —consagrada en el art. 14 CE, en conexión con los arts. 9.2 y 49 CE de igual texto— supone que el incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como las de extinción contractual, despido objetivo o las de tipo disciplinario, motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de las funciones del trabajador afectado, pues se incurriría en discriminación. En el supuesto analizado, el Tribunal Constitucional entiende vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, así como el principio de culpabilidad, por lo que, tanto la resolución sancionadora como las posteriores resoluciones judiciales que la confirmaron, se declaran viciadas de nulidad radical.

Ahora bien, debe señalarse que, cuando no se pruebe que la enfermedad o condición de salud es la causa

(real y única) de la medida empresarial (despido, sanción u otra diferente), aún cabe la declaración de la improcedencia de aquella. Sucede así, cuando, por ejemplo, existe una causa real para el despido, pero este es una sanción desproporcionada a la gravedad de aquella; concurre una tolerancia empresarial previa de la conducta sancionada o, en fin, surgen defectos de forma en la materialización de aquel. En definitiva, no todo despido o sanción de un trabajador de baja o enfermo merecerá la calificación de nulidad (54), máxime teniendo en cuenta que: 1) las causas de improcedencia o nulidad de los arts. 54 y 55 ET no se han modificado; y 2) no parece estar ante una nulidad objetiva, al estilo de otros supuestos que ya existen en el último precepto estatutario citado (*infra* III. 2.3) (55).

Un último apunte (intencionado, para conectar con el siguiente apartado) en relación con el concepto de discapacidad del ya citado art. 4 LGDPD 1/2013 es el de la precisión porcentual del grado de discapacidad. Según el núm. 2 del referido precepto, a los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100. Además, respecto de lo dispuesto en la sección 1.ª del capítulo V y del capítulo VIII del título I, así como del título II, se considerará que presentan ese grado de discapacidad las personas pensionistas de la Seguridad social que tengan reconocida una pensión de *incapacidad permanente* en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas con una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad (56). Por lo tanto, los pensionistas de la Seguridad social son personas con discapacidad con los derechos de inserción laboral y social previstos en la citada norma, lo que —como se verá en los siguientes apartados— supone un cambio jurídico sustancial para tener en cuenta por la empresa y los jueces.

3. LA INCAPACIDAD PERMANENTE COMO CAUSA DE EXTINCIÓN CONTRACTUAL

3.1. La reforma del art. 49.1.e) ET, a partir de la STJUE de 18 enero 2024

El carácter extintivo de la incapacidad permanente del trabajador sobre el contrato de trabajo (frente al suspensivo de la incapacidad temporal) tiene una larga tradición en nuestro Derecho del Trabajo. Ya en su primigenia versión de 1980, el art. 49 ET/1980 preveía, en su número 5, que el contrato de trabajo se extinguirá «por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador». Dicho precepto —el art. 49.1.e) ET/1980— se ha mantenido invariable hasta la actualidad, salvo en lo tocante a la posterior introducción de la matización: «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2» ET (57).

Sin embargo, recientemente, se ha aprobado un proyecto de ley (en segunda vuelta del Consejo de Ministros de 23 de julio de 2024) para modificar el régimen extintivo de la incapacidad permanente en el ET, lo que implica, también, cambios en la normativa de seguridad social relativa a la percepción de las prestaciones de incapacidad temporal e incapacidad permanente por parte de la persona afectada (58). La proyectada reforma del citado precepto estatutario resulta significativa, en términos de forma y contenido, pues divide en dos el susodicho grupo de causas extintivas. Por un lado, se modifica la letra e) del art. 49.1 ET para referirse solo a «la muerte de la persona trabajadora», sin mayor matización, por lo que su juego extintivo se mantiene igual que hasta ahora. Por otro lado, se introduce una nueva letra n) para regular, por separado, la incapacidad permanente como causa de extinción contractual. Ahora bien, en este supuesto, se aprovecha la ocasión para alterar sustancialmente el régimen extintivo de esta última causa, pudiendo destacar las siguientes ideas principales:

1) La extinción por «declaración de incapacidad permanente absoluta o total de la persona trabajadora o reconocimiento del complemento de asistencia de tercera persona (59), sin perjuicio de lo dispuesto en el

artículo 48.2» ET, ya no es directa ni automática, sino que, primero, depende de la voluntad de la persona trabajadora y, en su caso, después, de las posibilidades materiales que existan para continuar en la empresa, por haber sido posible —para esta última— la introducción de los ajustes razonables en el puesto o la provisión de otro vacante y adecuado. Así, se prevé que esta situación solo actúe como causa extintiva «cuando no sea posible realizar los ajustes razonables o el cambio a un puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora, por constituir una carga excesiva para la empresa». La eliminación de la automaticidad de la extinción por parte de la empresa, tras conocer la declaración de IP del trabajador (en los citados grados) (60), se valora positivamente, pues está en conexión con la normativa internacional y nacional que promueve la inclusión social y laboral de las personas con discapacidad y la lucha contra su discriminación. Con todo, quede claro que no se impone legalmente la continuidad laboral de la persona trabajadora afectada por la referida IP, ni a esta ni a su empresario; la persona es libre para decidir no seguir prestando servicios (lo que, quizás, sea la opción mayoritaria, dada la relevancia de los grados de incapacidad de que trata) y la empresa tampoco queda obligada a observar una petición que le resulte materialmente imposible o económicamente excesiva o muy gravosa.

2) Para aportar seguridad jurídica, esta nueva letra n) explicita el modo o los criterios con base en los en que cabe determinar si la realización de los ajustes razonables constituye una carga excesiva para la empresa y, por lo tanto, esta puede decidir la extinción del contrato de la persona trabajadora a la que se le reconoce la IP. La previsión es la siguiente: «para determinar si la carga es excesiva para la empresa, se tendrá en cuenta si puede ser paliada en grado suficiente mediante medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes que la adaptación implique, en relación con el salario medio, el tamaño y el volumen de negocios de la empresa».

3) Con el mismo fin de facilitar las actuaciones de las partes y evitar malentendidos o situaciones conflictivas, se aportan reglas específicas sobre el procedimiento formal a seguir por aquellas, esto es, tanto por parte de la persona trabajadora para decidir lo que desea hacer desde el punto de vista profesional, tras serle notificada la resolución de calificación de la IP (seguir o no trabajando) y comunicarlo a la empresa, como por parte de esta última, la cual, tras analizar la petición recibida y las posibilidades de su cumplimiento, también debe tomar una decisión motivada y notificarla a aquella. Para un análisis más detenido de estos aspectos formales y la determinación de la carga excesiva del ajuste razonable, véase *infra* el apartado 3.3.

Como es sabido, esta reforma legal trae causa de una importante y reciente STJUE de 18 de enero de 2024, *Ca Na Negreta* (61), que pone fin a la interpretación literal del citado art. 49.1.e) ET, en cuanto a la (aparente) automaticidad de la extinción del contrato por la declaración de la incapacidad permanente del trabajador (véase punto 2.2.2). En el caso de autos, el trabajador, conductor de camión, sufre un accidente de trabajo en el pie derecho y, tras pasar por una incapacidad temporal, se le da de alta y reconoce una lesión permanente no invalidante (indemnizada), negándosele la incapacidad permanente. Mientras el trabajador reclama judicialmente frente a esa resolución administrativa denegatoria, sigue trabajando en la empresa (más de un año), en un nuevo puesto de conductor, solicitado por él mismo, y menos exigente desde el punto de vista físico. Finalmente, se le reconoce la reclamada incapacidad permanente en el grado de total, para la profesión habitual; hecho en el que se apoya la empresa para notificarle inmediatamente (once días después) la extinción de su contrato, esto es, con base en la declaración de incapacidad permanente total, sin formalidad ni indemnización adicional alguna.

El trabajador impugna la extinción y reclama la nulidad del despido con fundamento en la normativa —ya

vista de discapacidad—, que obliga a la empresa a efectuar los ajustes que sean razonables para mantener al trabajador en la empresa. Tras perder en el juzgado de lo Social, plantea recurso ante el TSJ de Baleares, y este —ante la seriedad de los argumentos alegados— decide plantear dos cuestiones prejudiciales al TJUE (62), que este resuelve como una sola. En esas cuestiones, se preguntó sobre la compatibilidad de nuestro art. 49.1.e) ET con el art. 5 Directiva 2000/78/CE, que obliga a los ajustes razonables (según los arts. 6 y 21 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y los arts. 2 y 27 de la Convención de la ONU) y, consecuentemente, sobre si la extinción automática prevista en el precepto español supone una discriminación directa, a la luz de la Directiva en cuestión.

El TJUE entendió —con lógica— que el mencionado art. 5 Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional —como nuestro art. 49.1.e) ET— que establece que: 1) el empresario puede poner fin al contrato de trabajo «por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral» (referido a la incapacidad permanente total); y 2) todo ello sin que aquel «esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables» para que este último pueda conservar su empleo, o, en su caso, demostrar que tales ajustes son una carga excesiva y, por ello, inasumibles. El citado Tribunal confirma, así, su posición previa sobre la necesidad de adoptar ajustes razonables cuando al trabajador le sobreviene una discapacidad durante la vigencia del contrato (STJUE de 10 de febrero de 2022, *HR Rail* (63)).

Además, el Tribunal Europeo aprovecha la ocasión para puntualizar la *compatibilidad* del derecho a dichos ajustes con el hecho de que el trabajador esté percibiendo una pensión mensual de la seguridad social, solicitada por él. Ciertamente, en este punto, cabe señalar que: 1) dicha solicitud no evidencia una voluntad de querer dejar de trabajar, máxime cuando el acceso al nuevo puesto que aquel había venido ocupando en la empresa hasta ese momento también había sido a petición propia; 2) de la misma manera, el que el trabajador fuese conocedor de que la norma española [art. 49.1.e) ET] permite (en su mera literalidad) la extinción contractual cuando se reconoce una incapacidad permanente no significa que aquel diese su consentimiento a esta última; 3) una pretendida incompatibilidad entre ajustes y pensión supondría obligar al trabajador a elegir entre una cosa u otra, o, en palabras más precisas del referido Tribunal, «a soportar el riesgo de perder su empleo» por voluntad del empresario «para poder disfrutar de una prestación de seguridad social» (considerando 50), pues quien finalmente extingue es aquel. En este sentido, la discapacidad del trabajador se convierte —en cierta manera— en causa de despido, entendido este en sentido amplio, como extinción por voluntad de la empresa y no imputable a aquel [art. 3.1.c) Directiva 2000/78/CE]; y 4) la referida compatibilidad de los ajustes con la incapacidad permanente es clara cuando esta tiene el grado de total, que solo afecta a las funciones habituales del puesto, por lo que parece excesivo equipararla, en sus efectos extintivos, a la muerte y a la incapacidad permanente absoluta y gran invalidez de aquel. Con todo, estos últimos grados también pueden ser compatibles con ciertos trabajos, como se verá *infra*.

3.2. Precisiones sobre la eficacia extintiva de la incapacidad permanente en el Derecho español hasta su proyectada reforma de 2024

Antes de valorar la licitud de la incapacidad permanente del trabajador como causa extintiva del contrato [art. 49.1.e) ET], conforme a lo dispuesto en la normativa de discapacidad, cabe repasar los criterios básicos de su configuración legal y jurisprudencial, en cuanto situación que habilita para la percepción de una prestación de la seguridad social y que, además, puede ser compatible con un trabajo.

3.2.1. Desde la normativa de la seguridad social

La idea simple de que la incapacidad temporal del trabajador es causa de suspensión del contrato y la incapacidad permanente de su extinción admite matizaciones. Por ejemplo, por un lado, si, tras un proceso de incapacidad temporal, aquel aún presenta deficiencias de capacidad laboral relevantes (no merecedoras de la incapacidad permanente), puede producirse la extinción de su contrato por ineptitud sobrevenida [art. 52.a) ET]. Y, por otro, la declaración de la incapacidad permanente puede ser compatible con el hecho de que el trabajador siga vinculado a la empresa, incluso realizando un trabajo efectivo, en distintos supuestos. Todo ello con el fin de contribuir a la inserción laboral y social de la persona trabajadora, dada la importancia que el desarrollo de la actividad laboral tiene para lograr aquella. En esta línea, también se sitúan las prestaciones de recuperación profesional, que pueden determinar la reincorporación a la empresa de la persona previamente declarada incapaz permanente. Repasemos, pues, las posibles diferentes situaciones.

Resulta oportuno comenzar señalando que, aunque la persona incapacitada permanente presenta «reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas» (64), no todos los supuestos son iguales, y, por ello, la LGSS clasifica la incapacidad permanente en grados, «en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo» de aquella. Más precisamente, el grado de la incapacidad depende de «la incidencia» que dicha reducción tenga «en el desarrollo de la profesión que el interesado venía ejerciendo o "del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada», antes de producirse el hecho causante de la incapacidad (65).

Así, resulta oportuno recordar que, en el grado de la incapacidad permanente *parcial* (la que ocasiona al afectado una disminución igual o superior al 33 por 100 en su rendimiento normal para la profesión habitual, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de esta), la persona trabajadora siempre tiene derecho a su reincorporación en la empresa, bien al mismo puesto que ocupaba, bien a otro diferente, según aquella mantenga o no el nivel de rendimiento normal o anterior (66). En el primer caso, si la reincorporación al mismo puesto no es posible por causas empresariales (por ejemplo, ya amortizado, ya cubierto), la ocupación de otro será con el nivel retributivo anterior, dado que el trabajador no tiene culpa. En el segundo, el nuevo puesto debe ser adecuado a su «capacidad residual», pero si aquel no existe y el sujeto sigue ocupando el anterior, el empresario podrá reducir su salario en proporción a la disminución del rendimiento (hasta un 25 por 100), garantizando la percepción del salario mínimo interprofesional, de ser la jornada completa. Además, si, tras recibir prestaciones de recuperación profesional, se recobra la capacidad total para la profesión habitual, el trabajador tiene derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo originario (si el actual fuese de categoría inferior), si aún no han transcurrido más de tres años (67). Ahora bien, a la luz de la normativa nacional e internacional antidiscriminatoria por discapacidad, especialmente tras la STJUE 18 enero 2024, asunto C-631/22, resulta claro que el trabajador no solo tiene derecho a beneficiarse de las citadas prestaciones de recuperación profesional, sino también de la doctrina de los ajustes razonables (a observar por la empresa) para intentar volver al puesto originario.

En cuanto a la incapacidad permanente en los grados de *total, absoluta y la gran invalidez*, vinculados por el ET a la extinción directa del contrato, resulta claro que, aun sufriendo el trabajador una restricción más severa de su capacidad laboral, no en todos ellos esta se ve anulada o reducida en la misma medida. Por lo tanto, el trabajador mantiene cierta capacidad laboral y es posible que siga incorporado a la empresa. Siendo estos los grados más conflictivos, en cuanto a la compatibilidad de la pensión con el trabajo, procede analizarlos —aun brevemente— por separado.

La incapacidad permanente *total* para la *profesión habitual* inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, sin perjuicio de que aquel se dedique a otra distinta (o, parece, a la misma profesión, pero en las tareas que no sean fundamentales y para las que tenga capacidad residual). Por lo tanto, pensando en la posibilidad de que el sujeto siga trabajando, la LGSS prevé la compatibilidad de la correspondiente pensión vitalicia con el salario que aquel pueda percibir en la *misma o en distinta* empresa, siempre y cuando, lógicamente, las *nuevas* funciones «no coincidan con aquellas que dieron lugar» a la declaración de la incapacidad permanente (68). Además, como lo esperado —y deseable— es que el trabajador acceda a un nuevo trabajo, cuando ello no suceda así, porque concurren circunstancias personales (como su edad, que se supone madura o avanzada, o falta de preparación general o específica), sociales o laborales del lugar de residencia que hagan presumir «la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior», el trabajador tiene derecho a ver incrementada su pensión con un porcentaje adicional, determinado reglamentariamente (69).

Sin ánimo de exhaustividad, no puede dejar de mencionarse la dificultad de definición del concepto de profesión «habitual», lo que puede ser un problema (especialmente cuando antes de la incapacidad se ejercieron varias) a efectos de buscar nuevas funciones ajenas a la misma y compatibles con la capacidad que aún se mantiene. Tras la reforma del art. 137.2 LGSS/1994, actual art. 194.2 LGSS vigente, desaparece el concepto legal de dicha profesión, y los tribunales discrepan en su configuración. Existe cierto consenso en que aquella no se identifica —al menos, necesariamente— con la titulación o formación previa del trabajador, ni con el grupo profesional, ni con la tarea específica de un puesto de trabajo, sino con la profesión (o funciones de esta) que el trabajador haya venido desempeñando, de manera efectiva, durante un tiempo previo a la declaración de la incapacidad. Los dos aspectos son clave: el ejercicio efectivo y el tiempo previo (inherente a la habitualidad), el cual suele concretarse en un año (70).

La incapacidad permanente *absoluta* inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio, lo que también sucede en la gran invalidez, si bien, en este supuesto, el trabajador necesita, además, la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer y análogos. Ahora bien, aun siendo así, el legislador no descarta la actividad laboral de esta persona incapacitada, y declara la compatibilidad de las pensiones vitalicias con «el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, *compatibles* con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo, a efectos de revisión» (71). Como es sabido, tras un período previo de discrepancias, desde la STS 30 enero 2008, rec. 480/2007 (72), el Tribunal Supremo ha venido admitiendo la compatibilidad entre las pensiones de incapacidad permanente, en estos dos grados máximos, con el trabajo por cuenta ajena (y propia) a tiempo completo y con inclusión en el sistema público de la seguridad social. Con todo, la cosa parece que debe cambiar a partir de la reciente e importante STS (Pleno) 544/2024, de 11 de abril, que —con argumentos discutibles— precisa que dicha compatibilidad debe entenderse, única y exclusivamente, para aquellos trabajos de «carácter marginal y de poca importancia», es decir, «los residuales, mínimos y limitados», que no requieren «darse de alta, ni cotizar por ellos a la seguridad social», tal y como declaraba la jurisprudencia primigenia anterior a aquella fecha. Por lo tanto, en el caso de autos, se determina la incompatibilidad entre la pensión y el trabajo que se venía realizando previamente (en la ONCE) y cualquier otro que permita obtener rentas regulares, lo que puede suponer una dificultad para la inserción laboral y social de las personas con discapacidad (73). De hecho, la normativa de discapacidad impone la observancia de la obligación de los ajustes razonables para toda persona discapacitada, incluso los que perciben esta pensión de incapacidad permanente, tal y como hace el proyecto de reforma del art. 49.1.e) ET (*infra*, III.3).

Por lo demás, no cabe dejar de mencionar el derecho de la persona trabajadora incapacitada (74) a beneficiarse de la acción protectora del sistema público de la seguridad social, intencionadamente dirigida a ayudarla en su *recuperación* personal y, posterior, reincorporación laboral. Esta acción protectora —a garantizar por los diferentes poderes públicos— incluye, además de la correspondiente asistencia sanitaria ordinaria, dos tipos de prestaciones. En primer lugar, las denominadas «prestaciones de recuperación profesional» (tras cesar en la empresa) para mejorar su estado de salud y poder recobrar su capacidad laboral (75). Como muestra de estas, puede citarse el derecho a recibir, por parte del equipo multiprofesional de atención a la discapacidad y de otros servicios específicos (76), 1) la habilitación o rehabilitación médico-funcional que ayude al ejercicio de la actividad profesional, y que, por ejemplo, puede instruir en el uso de productos o tecnologías de apoyo para el mejor desempeño del puesto; 2) la orientación profesional para la habilitación y rehabilitación de la persona, con indicación de las necesidades, aptitudes y posibilidades de recuperación (77). Y 3) la formación, readaptación y recualificación profesionales, que puede incluir una preformación general básica, y que debe seguir el itinerario personal anterior. En esta línea, el legislador en materia de formación profesional cataloga a las personas con discapacidad como un colectivo de atención prioritaria, para las que prevé una «oferta de formación profesional a lo largo de la vida», que las capacite y mantenga actualizadas «en su itinerario profesional» (78). Para ello, se contará con personal de apoyo especializado que asesore y facilite el acompañamiento a estas personas en dicho itinerario formativo (79).

En segundo lugar, las prestaciones recién expuestas pueden complementarse con las «prestaciones de servicios sociales» que puedan establecerse en el ámbito de la formación y la rehabilitación de las personas discapacitadas (80). A partir de ahí, cabe tener en cuenta que, cuando dichas prestaciones sean efectivas y consigan resultados positivos (recuperación total o parcial), la persona afectada (aún incapaz total o absoluta) tendrá una «preferencia absoluta» para ser readmitida —tras su solicitud(81)— en la última empresa en que haya trabajado y en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional (81). En su caso, —especialmente tras la STJUE de 18 enero 2024, *Ca Na Negreta*— parece que la persona incapacitada podrá reclamar la introducción de los ajustes razonables que sean precisos para poder ocupar dicha vacante, tal y como se verá *infra*.

A la vista de lo recién expuesto (diferentes grados de incapacidad y disfrute de prestaciones de recuperación), resulta evidente que la incapacidad no es algo estático, sino que puede evolucionar, y, de hecho, casi siempre lo hará. En otras palabras, la posibilidad de recuperación (total o parcial), o de empeoramiento, es real. Así, el propio legislador de la LGSS señala, con carácter general, que toda resolución, inicial o de revisión, por la que 1) se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o 2) se confirme el grado reconocido previamente, ha de hacer constar, necesariamente, *el plazo* a partir del cual (período de espera) se podrá instar la revisión *por agravación o mejoría* del estado incapacitante profesional (82), siempre y cuando no se tenga la edad mínima para acceder ya a la pensión de jubilación (salvo si la incapacidad deriva de enfermedad profesional). Ahora bien, si el pensionista de incapacidad permanente estuviese trabajando, el INSS podrá, de oficio o a instancia del interesado, promover la revisión en cualquier momento, haya o no transcurrido el referido plazo (art. 200.2 LGSS) (83). Para la jurisprudencia, la posibilidad de revisión general de la incapacidad permanente a que se refiere este precepto simplemente se presenta como *posible*, o sea, algo que puede o no ocurrir, a diferencia de la posibilidad de modificación apuntada en el art. 48.2 ET, que se presenta como *previsible* o *probable* (84), y que se analiza a continuación.

En efecto, como caso paradigmático de la idea inicialmente expuesta de que la incapacidad permanente no

siempre implica la extinción del contrato, el citado precepto estatutario prevé que la mencionada declaración administrativa (en los grados de total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez), posterior a un período de IT, puede ir acompañada de *la suspensión* del contrato con reserva de puesto cuando, a juicio del órgano de calificación, «la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser, *previsiblemente*, objeto de *revisión por mejoría*, que permita su reincorporación» a aquel. Y todo ello durante un plazo de hasta dos años, desde la fecha de la resolución administrativa del INSS que declare la incapacidad permanente (85). La previsión de la mejoría en el estado de salud justifica la suspensión y la reserva del puesto y, quizás, estos hechos contribuyan a alcanzar aquella. De alguna manera, esta incapacidad permanente es «especial», pues su calificación como tal (permanente) obedece más al simple transcurso del período fijado para la temporal que a la inexistencia de una posible recuperación. *De facto*, la previsibilidad o probabilidad de esta posibilidad es la que da lugar a este régimen particular de mantenimiento del vínculo laboral en situación de incapacidad permanente (86). Las evidencias médicas de mejoría en el estado de salud del trabajador son tenidas en cuenta para proteger el vínculo contractual con la figura de la suspensión contractual y reserva del puesto.

De producirse la ulterior resolución del INSS —dentro del citado plazo—, dejando sin efecto la declaración de la incapacidad permanente o rebajando su grado, la citada entidad debe volver a dar traslado de aquella tanto al trabajador como al empresario (87). A partir de ahí, este último debe reincorporar al trabajador en el puesto reservado u otro compatible (con su nuevo grado de incapacidad), y, de negarse a ello, el afectado podría impugnar esa negativa por despido (88). Por el contrario, de no existir en plazo aquella resolución modificadora, la incapacidad permanente dejaría de ser especial y estar protegida, y pasaría a ser definitiva, y, a partir de ahí, *el empresario* podría valorar la extinción del contrato. Dicha extinción podría plantearse, bien por esta causa de incapacidad del trabajador (si así procediese en función del grado de aquella), bien por ineptitud sobrevenida de este, incluso cuando, habiendo una revisión por mejoría, esta no vaya acompañada de la recuperación plena, subsistiendo una pérdida de capacidad laboral o una lesión permanente no incapacitante [art. 52.a) ET] (89). Con todo, aquí aún cabría hacer matizaciones a la luz de la normativa de discapacidad y la obligación empresarial de los ajustes razonables, como se verá *infra* (3.3).

Tras quedar clara la idea de que la propia normativa de la seguridad social admite la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente con el trabajo, con el fin de que la persona incapacitada siga incorporada al mundo laboral, cabe recordar que otras normas del ámbito de la prevención y la protección de la discapacidad —ya citadas— también apoyan decididamente esa idea, al exigir al empresario, por ejemplo: 1) garantizar, de manera específica, la seguridad de los trabajadores que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial y sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo (art. 25 LPRL), o 2) la adopción de las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad a la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que aquellas supongan una carga excesiva (art. 40.2, párrafo primero, LGDPD 1/2013). Además, se ha venido admitiendo que el convenio colectivo o el contrato de trabajo concediesen al trabajador discapacitado el derecho a esa ulterior —y adaptada— actividad laboral en la empresa; lo que, entonces, sería de obligado cumplimiento, al igual que cuando dicha posibilidad se ofrezca unilateralmente por el empresario.

3.2.2. Desde la jurisprudencia clásica de los tribunales laborales

A la vista de lo recién expuesto, resulta de interés apuntar —sucintamente— la interpretación que los

tribunales españoles han venido haciendo de la eficacia extintiva de la resolución administrativa que declara la incapacidad permanente del trabajador (con derecho a la correspondiente pensión). En otras palabras, se trata de valorar si, tras ser informada por el INSS de dicha resolución (90), la empresa puede extinguir, *de forma automática*, el contrato del afectado, dándole de baja en la seguridad social, *ex art. 49.1.e) ET*, o si, por el contrario, es necesario intentar previamente alguna actividad de recolocación de aquel y, también, de comunicación formal de su cese.

Antes de abordar la cuestión, es importante matizar dos ideas: 1) al margen de este análisis queda — lógicamente— la resolución administrativa que prevea la revisión de la incapacidad permanente por mejoría antes de los dos años (art. 48.2 ET), que, como ya se apuntó, es causa especial de la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de trabajo. Por lo tanto, la cuestión planteada se centrará solo en el caso general, en el que la incapacidad permanente actúa como una causa ordinaria de la extinción del contrato [art. 49.1.e) ET] (91). Y 2) dicha cuestión es especialmente importante cuando aquella se califica con el grado de «total para la profesión habitual», pues la propia calificación admite, *a sensu contrario*, que el trabajador pueda dedicarse, sin problema, a otras actividades laborales ajenas a aquella. Como suele ser habitual, la cuestión no es pacífica y ha generado, desde hace tiempo, dos grandes posiciones jurisprudenciales.

La primera posición jurisprudencial puede calificarse de tradicional, pero se ha mantenido hasta la actualidad, como lo demuestra la reciente STS 142/2021, de 3 de febrero (92). Dicha posición asume una interpretación literal del referido precepto estatutario, que se caracteriza por tres grandes argumentos.

El primero considera que la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente del trabajador es automática a partir de la fecha de efectos de la correspondiente resolución administrativa del director provincial del INSS. En el caso de la incapacidad permanente general u ordinaria, esta corriente judicial justifica la automaticidad de la extinción en el carácter inmediatamente ejecutivo de la resolución administrativa firme (93). Desde luego, si el trabajador no está de acuerdo con aquella, debe plantear reclamación administrativa previa ante el INSS, al igual que la extinción del contrato que ya haya podido producirse. Si, finalmente, la declaración es revocada, el afectado tiene derecho a reincorporarse a la empresa, dado que la hipotética extinción se quedaría sin causa. La negativa injustificada del empresario a readmitir al trabajador habilitaría a este a impugnar aquella como un despido ilícito.

Como segundo argumento, esta posición tradicional apoya la extinción automática del contrato sin atender a las obligaciones empresariales de reinserción laboral y social. Así, aun admitiendo la posibilidad de que el trabajador siga trabajando con un grado de incapacidad permanente total, se descarta la obligación empresarial de ofrecer tal puesto cuando la reincorporación no se prevé expresamente en el convenio colectivo (94) ni se acuerda por las partes (en el contrato de trabajo o en un pacto *ad hoc*), ni la empresa lo ofrece unilateralmente, tal y como vino manteniendo la jurisprudencia previa (95). En este supuesto, lo criticable es que el Tribunal Supremo de 2021 siga compartiendo esa doctrina restrictiva —que aun correcta en 1989— ya no lo es en la actualidad, dada la vigencia de normativa nacional e internacional más protectora en el ámbito de la discapacidad, y que obliga a la adopción de los ajustes razonables en el puesto de trabajo. De hecho, el Tribunal Supremo debería haberse fijado en la histórica sentencia citada para aplicar la excepción a la que se refiere («salvo que el orden normativo aplicable así lo dispusiere», como ahora sucede) y no la regla general que rechaza la obligación de recolocación.

Como tercer argumento, esta posición judicial añade que la incapacidad permanente nada tiene que ver con un despido, pues aquella «opera el imposible cumplimiento» por el trabajador de la prestación convenida,

«en razón de motivos extraños a su ánimo y a los del empresario» (96) . En esta línea, resulta cierto que la legislación vigente no impone al empresario ningún requisito formal de notificación o comunicación (v. gr., preaviso o comunicación escrita) de esta causa extintiva al trabajador, y menos aún las propias del despido disciplinario, por lo que —en palabras de los tribunales— la ausencia de comunicación escrita por parte del empresario no convierte la extinción automática por esta causa en un despido improcedente. El trabajador ya ha recibido la correspondiente notificación de la entidad administrativa y, a partir de ahí, ha podido actuar contra ella, si no estaba de acuerdo con su contenido, sin que pueda exigirse al empresario una notificación adicional de la extinción del contrato (97) . Con todo, en mi opinión, el deber de buena fe contractual y el principio de seguridad jurídica aconsejan que, en caso de una decisión tan importante como la extintiva del contrato, el empresario siempre informe de la causa de la misma al trabajador, y, a poder ser, por escrito, a efectos de evitar malentendidos y tener la información oportuna para valorar la corrección o no de aquella decisión y su posible impugnación.

Frente a la expuesta, la segunda posición jurisprudencial —a nuestro entender más acertada— niega que la resolución administrativa de incapacidad permanente, especialmente la calificada de total, tenga efectos extintivos automáticos, y ello con base en el segundo argumento de la primera posición, lo que también implica rebatir el tercero. Ciertamente, en relación con el segundo, la resolución del INSS no tiene por qué poner punto final, necesariamente, a la relación laboral del trabajador, pues tras aquella, siempre es posible la opción de su recolocación en otras funciones compatibles con su capacidad laboral residual, según jurisprudencia ya antigua del Tribunal Supremo (98) . Por lo tanto, según esta, habrá que esperar a la definitiva decisión de la empresa, en función de las obligaciones de reincorporación existentes, bien previstas en convenio o contrato, bien producto de la voluntad unilateral de aquella al respecto.

Ahora bien, sentencias más recientes del Tribunal Supremo, como la STS 770/2020, de 16 de septiembre (99) , citada, ya admiten (si bien no de modo directo, sino al hilo de la resolución de la diferente cuestión principal planteada) que aquellas obligaciones de recolocación, incluidos los ajustes razonables en el puesto, también pueden derivar de la aplicación de la normativa general en vigor, como los citados artículos 25 LPRL o el 40.2 LGDPD 1/2013. Según dicha sentencia, no cabe aceptar que «el mero hecho del reconocimiento de la IPT» permita «la extinción del contrato del trabajador» directamente, obviando las circunstancias concurrentes en ese momento. En consecuencia, a partir del conocimiento de la resolución administrativa, la empresa debe realizar una valoración de la situación y capacidad laboral del trabajador, a efectos de introducir los ajustes necesarios para poder mantenerle en la empresa, so pena de que la extinción se pueda declarar un despido improcedente o, incluso, nulo por vulneración del derecho a la igualdad y la no discriminación en situación de discapacidad.

Lógicamente, dicha valoración empresarial debe comenzar por lo evidente, contrastando la profesión habitual en la que se declara la incapacidad permanente con las funciones que el trabajador viene efectuando en ese momento, pues quizás, entonces, dichos ajustes ya no sean necesarios por haberse introducido previamente, lo que también determinará el mantenimiento de la relación laboral. Un caso de esta naturaleza se analiza en la referida STS de 2020 (100) , pues, cuando se dicta la resolución administrativa declarando la IPT de un trabajador para determinada profesión (electricista), aquel ya hace siete años que viene realizando en la empresa una actividad con un profesiograma (101) distinto (gestor energético y de agua) a aquel para el que ahora resulta incapacitado por razón de las dolencias consideradas en dicha resolución. Dicha movilidad funcional había sido efectuada, a la vista de un empeoramiento de la salud del trabajador, voluntariamente por la empresa, con el ánimo de mantener su prestación de servicios. Así las cosas, la ulterior resolución administrativa de incapacidad no obliga ni puede

servir de excusa para la extinción automática del contrato de trabajo, *ex art.* 49.1.e) ET. La IPT es compatible con un trabajo adaptado, ya asignado posterior o previamente a la resolución administrativa. Como mucho, cabría valorar la aplicación del art. 52.a) ET si se apreciase ineptitud en relación con las funciones actuales e, incluso, en tal situación, antes sería preceptivo analizar la introducción de nuevos ajustes razonables.

La valoración empresarial de los posibles efectos de la resolución administrativa de la incapacidad permanente de un trabajador podría extenderse, incluso, a los supuestos en los que este, a pesar de ya no formar parte de la empresa, tiene ciertos derechos derivados de la declaración judicial de la improcedencia de su despido. Más claramente, el propio Tribunal Supremo ha admitido que, cuando recae una sentencia de despido improcedente, y no es posible contemplar la readmisión del trabajador (por hallarse este, en ese momento, afectado por una causa propia impeditiva de la actividad laboral, pero ajena a su voluntad, como la incapacidad permanente), el empresario debe abonarle la correspondiente indemnización, la cual busca resarcir diferentes daños materiales y morales (no solo la pérdida de trabajo) (102). Ahora bien, si se repara en que este trabajador, al declararse su IP, no ha tenido una oportunidad de recolocación, por estar ya afectado por el despido, cuando este se declara improcedente, debe valorarse aquella como una posible opción, alternativa a la indemnización. Quizás haciendo los ajustes razonables, sea posible su reincorporación en un puesto compatible con la capacidad residual.

Por lo demás, la posición jurisprudencial ahora comentada también rebate el tercer argumento de la posición anterior sobre la comunicación de la causa extintiva por el empresario, esta posición concluye que «una manifestación de voluntad de la empresa de poner fin al vínculo contractual», como consecuencia de la nueva situación jurídica del trabajador, siempre es necesaria (103). De hecho, será esta comunicación empresarial la que, en su caso, clarifique lo que la empresa desea hacer ante el nuevo escenario abierto por la resolución administrativa de la incapacidad permanente. En todo caso, dicha declaración empresarial no tendrá efectos constitutivos, sino meramente declarativos.

3.2.3. El inmediato impacto de la STJUE Ca Na Negreta en los posteriores pronunciamientos judiciales

Como se acaba de exponer, los tribunales españoles no se han puesto de acuerdo y han defendido criterios diferentes sobre la automaticidad o no de la extinción del contrato tras la resolución administrativa que declara la incapacidad permanente del trabajador. Volviendo a la ya citada STJUE 18 enero 2024, *Ca Na Negreta* (apuntada *supra* III.1), cabe señalar que el Tribunal que somete la cuestión prejudicial ante el Tribunal europeo —el Superior de Justicia de Baleares— parece compartir la primera posición de la automaticidad extintiva, conforme a una interpretación literal del art. 49.1.e) ET, que —añade— no ha sido adaptado a la normativa de discapacidad que obliga a introducir las medidas que sean necesarias en un puesto para favorecer la inserción laboral y social del afectado (considerando 28). De hecho, dicho Tribunal omite citar la doctrina del TS que comparte la posición contraria, derivada de la STS 770/2020, de 16 de septiembre, pues cuando hace referencia a aquella doctrina la resume de la siguiente manera: aunque «la incapacidad permanente total no obliga al empresario a despedir al trabajador y no impide» su reubicación en otro puesto, aquel «no está obligado» a realizar esta última, «salvo que así esté establecido convencional o contractualmente» (considerando 30).

De esta manera, trasladada su textual interpretación del precepto estatutario al TJUE, a este órgano europeo no le queda otra opción que declarar que este precepto «parece tener el efecto» de dispensar al empresario de su obligación de realizar o, en su caso, mantener ajustes razonables, como un cambio a otro puesto, «aun cuando el trabajador de que se trate disponga de las competencias, capacidades y

disponibilidad requeridas para desempeñar las funciones esenciales de ese puesto»; además, el referido texto legal «tampoco parece obligar al empresario a demostrar que tal cambio podría imponerle una carga excesiva». Con todo, el Alto Tribunal europeo —intentando evitar malinterpretaciones sobre la norma nacional— aclara que su exégesis de esta se hace, «sin perjuicio de que el órgano remitente compruebe este extremo», esto es, que la interpretación efectuada es correcta (considerando 48). Finalmente, para el supuesto de que así sea, el TJUE no tiene otra opción que responder a las cuestiones prejudiciales planteadas de la siguiente manera: 1) que una norma nacional como la española no puede ir en contra del art. 5 Directiva 2000/78, convirtiendo «la discapacidad del trabajador en una causa de despido»; y 2) que todo Estado miembro debe respetar el Derecho de la Unión, incluso cuando regula su sistema interno de seguridad social.

Como se aprecia, el TSJ de Baleares podría haber optado por resolver directamente el recurso de suplicación planteado a la luz de la normativa nacional e internacional de discapacidad (que conoce y expone ante el TJUE, y es de obligado cumplimiento, como recordará en la sentencia posterior para resolver el supuesto de autos), y así llegar a la misma conclusión sobre la necesidad de los ajustes razonables previos y la ilicitud de la extinción contractual analizada en aquel recurso. Sin embargo, aquel prefirió plantear la citada cuestión prejudicial, quizás confiando en que este fuese el resultado final, y, a partir de ahí, «obligar» al legislador español a actualizar el art. 49 ET en este punto, algo que se valora positivamente. Desde luego, si tal fue la pretensión, parece que se ha conseguido, a la vista del proyecto legislativo en marcha y de la subsiguiente reacción inmediata de los tribunales españoles valorando la extinción contractual por incapacidad permanente como ilícita, aunque ya aparece cierta discrepancia en la naturaleza de esta (improcedencia o nulidad).

Así, puede comentarse ya una SJS Vigo 38/2024, de 19 de enero, que no dudó en declarar (un día después de la europea, pero a la vista de la cuestión prejudicial planteada) *la nulidad* de la extinción del contrato por *discapacidad* (basada en la incapacidad permanente total sobrevenida) de un trabajador sin ajustes razonables previos de la empresa, la cual no probó su implementación ni que esta fuese una carga excesiva (104). Para dicho juzgado, la STJUE comentada supone «un cambio de paradigma en la actuación empresarial», que ya igualmente era exigible conforme a nuestro ordenamiento, «aunque ahora con la facilidad de haber declarado la discriminación de la norma española que permite la extinción sin causa» en este tipo de supuestos [art. 49.1.e) ET]. En consecuencia, alegando el citado art. 26 de la Ley 15/2022, de 12 julio se declaró la nulidad del cese y el subsiguiente derecho del trabajador a la readmisión en un puesto adaptado a su incapacidad permanente total, sin perjuicio de la continuidad de la prestación contributiva. Todo ello, salvo que la empresa demuestre —finalmente— que la referida adaptación supone una carga excesiva.

De manera similar, se pronuncian dos sentencias del TSJ Murcia (STSJ Murcia 214/2024, de 20 febrero y STSJ Murcia 215/2024, de 20 febrero) (105), si bien con la particularidad de que, en este caso, en el momento de la extinción contractual todavía no estaba en vigor la citada Ley 15/2022, de 12 julio por lo que no se puede recurrir a esta para declarar la nulidad de aquella. Tras rechazar que quepa la declaración de la improcedencia (pues, al atribuir esta la posibilidad de opción entre readmisión o indemnización a la empresa, no se entiende suficientemente protectora), el Tribunal de suplicación se esfuerza en buscar motivos legales para justificar la mencionada nulidad en otras normas, como el art. 108.2 y 108.3 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS). Este esfuerzo resulta destacable por dos hechos adicionales: 1) aquella declaración no había sido solicitada por el trabajador en la demanda; y 2) la extinción del contrato no tenía la intención consciente de discriminar al citado sujeto (lo que puede ser la

causa de la falta de solicitud de la nulidad). Ahora bien, para el citado órgano jurisdiccional, el hecho de que se esté ante una «nulidad puramente objetiva», sin elemento intencional, no obsta la aplicación del art. 108.2 y 108.3 LRJS al caso de autos. Según el número 3 de dicho precepto, cuando queda acreditado que el móvil del despido obedece a una causa de discriminación, el juez debe pronunciarse sobre ella (con independencia de cuál haya sido la forma de aquel), y, para aplicar esta regla aquí, el tribunal considera que el término «móvil» debe entenderse «como comprensivo de cualquier razón o causa», y no solo de aquellas en las que haya «una decisión consciente y voluntaria de discriminar al trabajador» (106). Por lo tanto, el propio art. 4.2.c) ET, que prohíbe la discriminación del trabajador por discapacidad, y toda la normativa nacional e internacional en esta materia (por ejemplo, el art. 63 LGDPD 1/2013), sirve de amparo legal a la nulidad de la extinción en el supuesto analizado. Como se aprecia, el impacto de la sentencia europea es significativo en el Tribunal murciano, que hace un verdadero esfuerzo interpretativo para declarar la nulidad de la extinción contractual en el ejemplo citado.

Frente a esta posición judicial, cabe destacar que, curiosa y sorprendentemente, en el supuesto que justificó la cuestión prejudicial ante el Tribunal Europeo, la STSJ de Baleares 147/2024, de 19 de marzo (107) no adoptó tal interpretación forzada —o generosa— del mencionado art. 108 LRJS para valorar la ilicitud de la extinción contractual. Y ello, aunque comienza señalando que, a la vista de la señera doctrina que da prioridad a la normativa de la UE (de darse un conflicto interno) (108), tanto las empresas como los tribunales, a la hora de aplicar el derecho a una situación de hecho, deben «dirigir su primera mirada no a la norma nacional y a la jurisprudencia que la ha interpretado», sino a la norma internacional o europea, y a la subsiguiente jurisprudencia que la haya valorado. Añadiendo, con lógica, que «no en balde nuestra integración en la Unión Europea comportó, ya hace casi cuarenta años, que sus normas y mandatos se integraran en nuestro ordenamiento con carácter prevalente y aplicación directa» (109).

Pues bien, a pesar de tal importante reflexión y del relevante hecho de que ya resulta aplicable la Ley 15/2022, de 12 julio el TSJ balear termina declarando —no sin cierta sorpresa para el lector— la improcedencia de la extinción contractual analizada, negando la nulidad con base en un argumento que, curiosamente, también concurría en el supuesto de las sentencias de Murcia (y no impidió a este tribunal optar por la nulidad). Dicho argumento fue el de la ausencia de su solicitud en la demanda por vulneración de la normativa de discapacidad y del principio de igualdad y no discriminación (aunque se había pedido inicialmente, en el escrito final de alegaciones se retiró y, además, se basaba en la violación del derecho a la indemnidad, no en la discriminación). Para este órgano jurisdiccional, la nulidad por discriminación o vulneración de derechos fundamentales exige «la necesaria postulación por la parte demandante, con la clara especificación de la causa de discriminación o el derecho fundamental» violado que la fundamenta. En el presente supuesto, «de haberse postulado en la demanda inicial la nulidad del despido, la Sala podría haber estimado tal pretensión», a la luz de la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial, al ser la causa explícita del despido la declaración de incapacidad total y comportar aquel el incumplimiento del mandato de ajustes razonables, lo que se considera «discriminación directa» en el art. 6.1.a) Ley 15/2022, de 12 julio. Así las cosas, el citado TSJ considera que, en lógica congruencia procesal, la calificación del despido impugnado «no puede ser otra que la de improcedencia». Como se aprecia, se está ante una nueva cuestión —la nulidad objetiva de la extinción por incapacidad permanente sin ajustes razonables previos— que, de seguir siendo discutida, deberá ser unificada por el Tribunal Supremo.

Por lo demás, el radical cambio de visión que la referida STJUE impone, a la hora de valorar la enfermedad y la discapacidad en el contrato de trabajo, refuerza la posición anterior del mismo Tribunal de extender la obligación de los ajustes previos a otras formas de extinción, como el despido objetivo previsto en el art.

52.a) ET (110) . Doctrina flexibilizadora después seguida por nuestros tribunales nacionales, incluido el Tribunal Constitucional (en relación con una sanción disciplinaria de suspensión de empleo y sueldo), tal y como ya se apuntó *supra* II.

En resumen, a partir de la analizada STJUE del año 2024, la interpretación judicial del art. 49.1.e) ET que permitía la extinción automática del contrato por incapacidad permanente (ordinaria) del trabajador ya no resulta aceptable, dado que el empresario debe implementar o mantener las medidas de ajuste o, en su caso, justificar que son una carga excesiva. En palabras de algún autor, esta causa extintiva ha devenido inaplicable, en su literalidad, «por obsolescencia sobrevenida», conteniendo un mandato *contra legem* (111) . De ahí, que se proceda ya a profundizar en la nueva redacción del precepto estatutario —propuesta por el referido proyecto reformador—, sobre todo en relación con la medida estrella que impone: la de valorar los ajustes razonables en el puesto de trabajo.

3.3. Sobre la obligación empresarial de efectuar —o mantener— los ajustes razonables en el puesto de trabajo, o de cambiar este, antes de la extinción contractual

Como ya se expuso *supra* (I), la obligación empresarial de introducir los ajustes que sean razonables en el puesto para mantener al trabajador discapacitado activo en la empresa tiene una larga tradición que se remonta —en cuanto a su exigencia expresa— a la citada Directiva 2000/78/CE del Consejo (art. 5 Directiva 2000/78/CE) y, a partir de ahí, a la Convención de la ONU de 2006 (igual, art. 5). En España, en este punto, cabe recordar la trascendencia de las ya también citadas LGDPD 1/2013 y, la más reciente, Ley 15/2022, de 12 julio. Pues bien, a partir de esta importante normativa, vamos a limitarnos a apuntar —por razón de espacio— los rasgos más destacados de esta figura, cuya importancia se redobra, ahora, como freno legal a la extinción directa del contrato de la persona declarada en situación de incapacidad permanente.

1) *La titularidad del derecho a los ajustes corresponde al trabajador y la de la obligación, primero, a los gobiernos y, después, a las empresas.* La obligación de adoptar los ajustes razonables en el puesto es, en principio, una obligación de los gobiernos, en cuanto a la aprobación, implementación y exigencia de cumplimiento de la correspondiente normativa interna en la materia, como ya sucede en nuestro país. En esta línea, el art. 27.1 Convención ONU prevé que los Estados parte deben salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, «incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo», adoptando las normas legales correspondientes, entre ellas, velando por que «se realicen los ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo» [letra i)]. A partir de ahí, esta normativa interna debe ser cumplida por las empresas o entidades similares que tengan en sus plantillas a personas con discapacidad, adoptando las medidas correspondientes —principalmente la de los ajustes razonables— para evitar toda discriminación, respetando el principio de igualdad de trato (arts. 2 y 5 de la mencionada Directiva 2000/78/CE). De la misma manera, se expresa el propio acervo nacional, como el art. 40.2 LGDPD 1/2013 («los empresarios *están obligados* a adoptar las medidas»), por lo que la iniciativa en la adopción de estas acciones —para cumplir con tal obligación— ha venido siendo del empresario. Con todo, a veces, el propio trabajador discapacitado ha propiciado dicha adopción tomando la iniciativa y formulando una solicitud al respecto (112) . Por lo tanto, hasta ahora, la iniciativa podía tomarla tanto aquel como la empresa, aunque la obligación de cumplir era siempre de esta última, existiese o no previa iniciativa del afectado.

En esta línea, la ya citada STC 51/2021, de 15 marzo, precisó que la obligación de realizar estos ajustes «no se limita, únicamente», a los supuestos en que estos «se soliciten, expresa y formalmente, por el afectado» (como en el caso de autos), sino que también se incluyen aquellos en los que, no habiendo una petición

formal previa por parte de este, «quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado (el empresario) tenga conocimiento de dicha discapacidad». Así, el empresario siempre tenía que valorar la realización de los ajustes, existiese o no previa petición del trabajador, en cuanto único obligado a ello.

Ahora bien, para el caso concreto del analizado art. 49.1.e) ET, parece que las cosas van a cambiar en este punto de la iniciativa de la adopción de los ajustes. Ciertamente, tal y como ya se adelantó (*supra* 3.1), a la vista de la propuesta de regulación del proyecto de ley analizado, resulta claro que la iniciativa de pedir aquellos corresponde a la persona trabajadora. Tras insistir la exposición de motivos de dicha norma en la eliminación de la automaticidad de la extinción del contrato por esta causa y en el condicionamiento de la decisión empresarial a la voluntad de la persona trabajadora, la redacción de la nueva letra n) del citado art. 49.1 ET no deja lugar a dudas. En su párrafo tercero, se prevé que «la persona trabajadora dispondrá de un plazo de diez días naturales desde la fecha de notificación de la resolución en la que se califique la incapacidad permanente en alguno de los grados citados en el párrafo anterior (absoluta o total de la persona trabajadora o reconocimiento del complemento de asistencia de tercera persona) para manifestar por escrito a la empresa su voluntad de mantener la relación laboral». En consecuencia, con la proyectada reforma, queda claro que la iniciativa corresponde a la persona trabajadora, quien dispone de ese breve plazo de diez días naturales para decidir si quiere seguir activa o no en la empresa (aunque, posiblemente, ya lo tenga claro desde tiempo atrás, dada la lentitud de los procedimientos administrativos ante el INSS) y, consiguientemente, comunicarlo por escrito a aquella. Además, aunque no se indica de forma expresa, parece claro que también cabe la posibilidad de que la persona pueda pedir ya la introducción de los ajustes razonables que considere necesarios, incluido el cambio de puesto (que, en sentido amplio, también lo es). De solicitar aquella los ajustes, se insiste en que la empresa no puede extinguir el contrato sin antes intentar estos (113), salvo que sean una carga excesiva.

Con todo, cabe preguntarse si, de no haber una previa solicitud del trabajador, el empresario puede proceder, *motu proprio*, a valorar los ajustes. La respuesta depende de su carácter voluntario o no. Más claramente, podría ser oportuno que el empresario se dirigiese al trabajador para ofrecer tal posibilidad (asegurándose de que aquel es consciente de la misma) y así poder conocer o clarificar su posición al respecto, pero no se los podría imponer para que continuase con la relación laboral. Hay que respetar su derecho a decidir libremente si desea o no seguir trabajando. En este punto, parece que la nueva redacción del art. 49.1.n) ET matizaría lo dispuesto en el art. 40.2 LGDPD 1/2013.

Sea como fuere, aunque el trabajador tome la decisión sobre la continuidad o no en la empresa tras recibir la notificación de la declaración (firme) de la calificación de la incapacidad permanente, puede que la petición de los ajustes razonables ya se haya hecho previamente (coincidiendo, por ejemplo, con un empeoramiento anterior de su estado de salud), como ya se vio. En tal situación, de haberse adoptado ya, se trataría de mantener o actualizar los ajustes necesarios para continuar en el puesto o la empresa. Con todo, el haber solicitado previamente los ajustes, no obsta ahora a la opción por la extinción del contrato por incapacidad permanente. Es más, tal opción siempre debe entenderse disponible, incluso cuando la petición de los ajustes razonables se haga tras recibir la mencionada declaración de IP del INSS. Ahora bien, en este caso, si la decisión extintiva del trabajador se produjese tras haber aceptado la propuesta empresarial de los ajustes y haberse incorporado al puesto adaptado, sin mayor problema de compatibilidad, procede cuestionarse la naturaleza de aquella decisión, que ya no parece que sería la incapacidad permanente, sino la mera voluntad del trabajador (dimisión o, incluso, abandono, si no hay preaviso).

De otro lado, siguiendo con el nuevo procedimiento formal previsto en el proyecto de ley, la empresa, tras

recibir la comunicación de la persona trabajadora sobre su voluntad de mantener la relación laboral (y, en su caso, el concreto ajuste razonable solicitado) debe valorar aquella a la luz de la situación interna para tomar una decisión final. Más detalladamente, se prevé que la entidad disponga de «un plazo máximo de tres meses, contados desde la fecha de notificación de la resolución en la que se califique la incapacidad permanente (114) , para realizar los ajustes razonables, el cambio de puesto de trabajo o, cuando ambas opciones resulten una carga excesiva, para proceder a la extinción del contrato». De esta manera, la empresa debe analizar las posibilidades reales de mantener a la persona trabajadora en la plantilla, para lo que no solo debe tener en cuenta su voluntad, sino también sus propios intereses económicos, como se verá en el punto 5 relativo a la carga excesiva. La opción prioritaria para considerar debe ser el mantenimiento del vínculo laboral y, solo si esta se ve imposible de asumir, cabe proceder a la extinción de aquel. Más claramente, las tres opciones mencionadas en el precepto (realizar ajustes, cambio de puesto y proceder a la extinción) no están en un mismo plano de disponibilidad para la empresa, pues la extinción sola cabe si las otras dos no proceden, tras su pertinente valoración.

Dada la importancia de la decisión a tomar, el empresario no puede actuar solo, sino que debe contar con el apoyo y asesoramiento tanto de los servicios de prevención como de los representantes de los trabajadores especializados en la materia preventiva (delegados de prevención). Así, según la nueva letra n) del citado precepto estatutario, aquellos servicios son los que tienen competencias para: 1) determinar «el alcance y las características de las medidas de ajuste, incluidas las relativas a la formación, información y vigilancia de la salud de la persona trabajadora»; y 2) identificar «los puestos de trabajo compatibles con la nueva situación» de aquella, todo ello de conformidad con lo establecido en la normativa sobre prevención de riesgos laborales, pues se entiende prioritario asegurar la salud e integridad física y mental de la persona trabajadora con una incapacidad permanente.

Desde luego, también podría ser idóneo constituir un equipo multiprofesional con expertos de diferentes ámbitos para ayudar a la empresa a tomar la mejor decisión final, tanto para ella como para la persona afectada (115) . Por supuesto, también debería contarse con la opinión de la persona afectada y sus representantes legales o sindicales, quienes deben poder hacer peticiones o sugerencias concretas para mejorar, bien la solicitud inicialmente formulada, bien la propuesta o propuestas de la empresa.

Cabe destacar la importancia de la referencia a la nueva información y formación que la persona trabajadora declarada como incapacitada permanente pueda requerir, tanto en relación con las nuevas funciones laborales a desarrollar o instrumentos a manejar, como en materia de prevención de riesgos laborales, para evitar o afrontar los nuevos riesgos que puedan concurrir en el ulterior puesto (el modificado o el nuevo), pues sabido es que el riesgo cero no existe. Por lo tanto, en el proceso de adaptación al puesto que, en su caso, finalmente se ocupe, habrá que contar con la obligación de impartir dicha formación específica, lo que también requerirá su tiempo y determinadas gestiones al respecto.

En todo caso, la empresa debe motivar adecuadamente la decisión final y comunicarla «por escrito a la persona trabajadora». La motivación permite a esta última conocer las concretas razones alegadas por aquella para resolver, lo que es importante cuando es denegatoria de la petición de seguir trabajando por considerar los ajustes solicitados desproporcionados o indebidos (en el mismo u otro puesto) y se opta por la extinción contractual. De no ofrecer una motivación adecuada sobre la denegación de los ajustes, la decisión podría resultar injustificada y vulnerar el derecho a la igualdad y la no discriminación de la persona con incapacidad permanente (116) .

Por lo demás, el anteproyecto de reforma del art. 49.1.e) ET inicialmente publicado no clarificaba en qué

situación quedaba el trabajador con incapacidad permanente mientras el empresario decidía sobre la solicitud del mantenimiento o no de la relación laboral, a través de la adopción o no de los ajustes razonables. En este punto, tras el trámite de audiencia pública de aquel, el Gobierno ha decidido incorporar, al texto del proyecto de ley remitido al Congreso para su debate y posible aprobación final, una solución protectora para la persona afectada: dado que el trabajador no puede seguir prestando servicios en las condiciones anteriores, lo más lógico es que quede a la espera de la decisión del empresario en una posición especial de suspensión contractual, similar a la del art. 48.2 ET, y, desde el punto de vista de la seguridad social, en una situación de prolongación de los efectos económicos de la incapacidad temporal hasta que se notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente.

De esta manera, el artículo segundo del citado proyecto de ley modifica el art. 174.5 del Texto Refundido de la LGSS (117) para incluir las diversas opciones de inicio de los efectos económicos de la prestación de incapacidad permanente, según el empresario decida, finalmente (en el período de los tres meses), extinguir el contrato de trabajo o no. En el primer caso, los referidos efectos coincidirán con la fecha de la resolución de la entidad gestora por la que se reconozca la IP, salvo que la cuantía sea superior a la que se viniese percibiendo en concepto de prolongación de la IT, en cuyo caso aquellos se retrotraerán al día siguiente al de la extinción de la IT. En el segundo supuesto, en que la relación laboral continúe, los efectos económicos de la IT se mantendrán durante el período transcurrido entre la fecha de notificación de la resolución en que se califique la IP y la de reanudación de la actividad laboral, con un máximo de tres meses (coincidente con el citado período). En este caso, los efectos económicos de la IP quedan suspendidos. En fin, el precepto aún se detiene en otras posibles situaciones que podrían darse entre las partes (como cuando el ajuste prometido finalmente no se implanta), lo que evidencia la intención del legislador de aportar la máxima seguridad jurídica a un escenario que, de resultar dudoso, podría generar conflictos.

2) *La expansión del ámbito objetivo de aplicación de la medida empresarial del ajuste razonable.* Como ya se apuntó, la obligación empresarial de valorar la introducción o, en su caso, la modificación de los ajustes razonables en el puesto de trabajo se viene interpretando en sentido amplio, casi en relación con toda extinción (incluido el despido objetivo (118)) o sanción vinculada a la salud o discapacidad de la persona trabajadora. En el supuesto de la incapacidad permanente, el proyecto de ley analizado prevé dichos ajustes con independencia de su grado (total o absoluta de la persona trabajadora o con reconocimiento del complemento de asistencia de tercera persona, la anterior «gran invalidez») (119) , lo que va en la línea de apoyar, al máximo, la inclusión social y laboral de todas las personas discapacitadas, incluso de aquellas que se ven afectadas por la discapacidad de una forma severa. Como ya se apuntó *supra* (2.2.1), esta previsión resulta coherente, por un lado, con la regulación de la seguridad social, que declara la compatibilidad de todas las pensiones vitalicias con las actividades (lucrativas o no) compatibles con el estado de la persona, siempre que no supongan una modificación de este (art. 198.2 LGSS) (120) . Y, por otro lado, con la ya citada STJUE 18 enero 2024, Ca Na Negreta que, como ya se expuso (3.1), también se pronuncia a favor de la compatibilidad entre el trabajo y la pensión vitalicia. Aunque, en este caso, se trataba de una incapacidad en el grado de total, su reflexión sobre la mencionada compatibilidad se hace en términos generales, por lo que parece aplicable a los otros dos grados. Según el Tribunal europeo, el art. 5 Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, promueve el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo.

Así las cosas, la única nota negativa puede venir dada por la ya también apuntada STS (Pleno) 544/2024, de 11 abril, que limita la compatibilidad de la IP en los grados de absoluta y «gran invalidez» (*sic*) a las actividades «residuales», por lo que, en el futuro, las personas que quieran trabajar en una actividad que dé

lugar a su inclusión en la seguridad social se verán obligadas a optar por esta o por la pensión. Sin duda, esto puede reducir la inclusión laboral y social de estas personas discapacitadas, pues ya no cabría exigir a un empresario que realizase ajustes razonables para mantener al afectado en el puesto de trabajo. Así las cosas, se espera la clarificación de este punto en una ya anunciada reforma en la materia de la compatibilidad entre las pensiones y el trabajo, que está previsto que siga a la previsible modificación del art. 49.1.e) ET, tal y como ya anuncia la disposición final segunda.2 del proyecto de ley analizado.

3) *La finalidad y las modalidades de los ajustes razonables.* Según la redacción del proyecto de ley analizado, el nuevo art. 49.1.n) ET prevé los ajustes razonables con la finalidad de evitar la extinción del contrato y mantener a la persona con discapacidad o incapacidad permanente prestando servicios en el mismo puesto de trabajo u otro diferente. Ahora bien, conforme al art. 5 Directiva 2000/78/CE, dichos ajustes deben adoptarse, también, con el objetivo de acceder al empleo (por ejemplo, cuando, tras una revisión del grado de incapacidad, se quiere volver a la empresa), progresar profesionalmente (lo que puede implicar el cambio de puesto) o recibir formación para mantenerse actualizado en las competencias profesionales, lo que repercutirá positivamente en el mantenimiento del empleo y en la posibilidad de los ascensos de las personas discapacitadas. En términos más amplios, los ajustes buscan garantizar a estas personas «el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones que los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» (121) .

Los ajustes se han venido identificando —genéricamente, y desde otros sinónimos— con medidas, modificaciones o adaptaciones (122) o cambios que hay que efectuar en el ambiente físico, social y actitudinal (123) vinculado al trabajo. Más específicamente, el proyectado art. 49.1.n) ET prevé dos grandes opciones de ajuste para la persona trabajadora con incapacidad permanente (la adaptación del puesto anterior o el cambio a otro nuevo). Así, aquella persona puede solicitar: 1) que se realicen los ajustes *razonables* en su puesto de trabajo que le permitan continuar desempeñándolo, o, cuando esto no sea posible por constituir una carga excesiva, 2) «el cambio a otro puesto de trabajo», que esté vacante (por lo tanto, la empresa no tiene que crearlo) y que sea «compatible con su nueva situación» de capacidad laboral reducida.

Como ejemplos de ajustes típicos dirigidos a acondicionar el puesto de trabajo a la nueva situación de la persona con discapacidad, cabe citar la adaptación de los instrumentos de trabajo o la introducción de otros nuevos, la implementación de nuevas pautas organizativas del trabajo (v. gr., incorporación a un equipo), la reducción de la carga de trabajo o del nivel de rendimiento exigido, el cambio de funciones, el cambio de tipo de jornada (por ejemplo, de tiempo completo a parcial), la reducción o flexibilización del tiempo de trabajo (jornada u horarios) (124) , el aumento o la redistribución de los tiempos de descanso, el refuerzo de los medios de protección frente a los riesgos laborales o, en fin, la provisión de formación específica (125) o de otras ayudas (personal de apoyo, económicas, materiales) para poder seguir prestando servicios. Como se aprecia, se está ante medidas de carácter estructural o material, que afectan al puesto o empresa en sentido físico; medidas organizativas, que cambian la forma de trabajar, y medidas formativas, para instruir al afectado en la mejor manera de compatibilizar su nuevo estado (grado de IP declarado) con la continuidad en la prestación de servicios en el puesto de trabajo adaptado.

De otro lado, el cambio de puesto o recolocación de una persona discapacitada también puede resultar una medida lógica y adecuada, tal y como ya validó la STJUE de 10 de febrero de 2022 (asunto *HR Rail*) (126) , incluso cuando aquella está en período de prueba o prácticas. Repárese en que la nueva propuesta legal del art. 49.1.n) ET prevé el cambio de puesto como una segunda opción, cuando la primera (ajuste del puesto anterior) «no sea posible por constituir una carga excesiva». Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en la

incapacidad permanente *total*, este cambio de puesto puede convertirse en la única opción, pues se está ante un trabajador declarado incapaz para la profesión habitual, y, de seguir activo, debe respetarse el límite legal de que las nuevas funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente (art. 198.1 LGSS) (127). Esta no coincidencia funcional parece exigir, *a priori*, el cambio de puesto de trabajo y en una profesión distinta a la habitual. Con todo, puede resultar problemático (en relación con la actual normativa antidiscriminatoria de discapacidad y tras la STJUE analizada, máxime dada la dificultad de definir la profesión habitual) el descartar directamente la posibilidad de que el trabajador incapaz permanente total pueda ocupar una vacante en la profesión habitual, cuando, tras los ajustes razonables solicitados por aquel, aquella pudiese ser compatible con su capacidad laboral residual. Sin duda, será un supuesto al que cabrá prestar especial atención para resolver en función de las concretas circunstancias concurrentes y de los intereses del trabajador, la empresa y del propio INSS.

Por lo demás, como reflexión común para ambos tipos de ajustes (en el mismo puesto o el cambio a otro), cabe señalar que aquí no parecen aplicables las reglas ordinarias relativas a la movilidad funcional y geográfica o a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de los arts. 39, 40 y 41 ET, que están planteadas en un contexto distinto y en atención a los intereses directos de la empresa (128).

4) *La razonabilidad de los ajustes que haya que adoptar*. El adjetivo «razonables», con el que se califica el término «ajustes», resulta de una importancia extraordinaria para determinar la conducta que se requiere de la empresa para cumplir con su obligación de introducir o mantener aquellos. Dada su naturaleza de concepto jurídico indeterminado, los legisladores nacionales e internacionales han intentado precisar el significado de la referida expresión en sus textos, atendiendo tanto a los intereses de la persona discapacitada como a los de la empresa. Así, por un lado, los ajustes razonables deben entenderse como medidas o modificaciones que sean: a) adecuadas (129); 2) necesarias (130); ambas notas en el sentido de ser eficaces para conseguir el fin previsto; y 3) específicas, en función de las necesidades de cada situación concreta (131) o caso particular (132). Sin duda alguna, las circunstancias concurrentes en cada supuesto (relacionadas con el trabajador, el puesto y la empresa) deben ser estudiadas —con atención— en primer lugar y, a partir de ahí, y en función de ellas, determinar las medidas más adecuadas para conseguir el fin buscado: la continuidad laboral de la persona discapacitada permanente en la empresa. Ciertamente, la búsqueda individualizada de la mejor medida a implementar en cada situación es la única manera de poder adaptarse, de una manera «eficaz y práctica», a las necesidades específicas de la persona afectada (133). Esta idea determina que lo que, en una situación, pueda considerarse un ajuste razonable, en otra no lo sea.

Por otro lado, la razonabilidad del ajuste también depende de que se atiendan *los intereses del empresario (o empresa)*, tanto en relación con el proceso productivo u organizativo de la plantilla (por ejemplo, valorar si es necesario mantener o cubrir un puesto vacante) como en términos económicos. Como ejemplo de esta necesidad de atender los intereses de ambas partes de la relación laboral, puede citarse el art. 65.2 LGDPD 1/2013, que somete *la razonabilidad* del ajuste («a efectos de determinar si un ajuste es razonable») a que se tengan en cuenta: 1) los efectos discriminatorios que, para la persona con discapacidad, suponga su no adopción. Resulta curiosa esta mención de discriminación vinculada a la no razonabilidad del ajuste, pues aquella deriva —más bien— de la simple «no adopción» de este. 2) La estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica; se trata de datos objetivos y subjetivos de la persona discapacitada, del puesto y la empresa. Y 3) los costes de la medida, así como la posibilidad de obtener financiación oficial de las administraciones públicas o cualquier otra ayuda, para sufragar los costes derivados de la obligación de realizar estos ajustes.

5) *Determinación de la «carga excesiva» para la empresa.* Los legisladores internacionales y nacionales siempre han tenido en cuenta el coste económico de la medida para valorar su razonabilidad y, consiguientemente, su obligatoriedad para la empresa. Estos costes actúan como un límite o motivo que exonera de la imposición de la medida, si suponen una carga «desproporcionada o indebida» (134) o «excesiva» (135) para la entidad obligada a su adopción, algo que, *a priori*, también parece difícil de precisar y siempre dependerá de las circunstancias concurrentes en aquella. En principio, no es posible pensar en medidas de ajuste que, por sí mismas y aisladamente, siempre se consideren excesivas o no para la empresa.

Con el fin de ser más precisos y aportar algo de seguridad jurídica sobre la manera de valorar la *carga excesiva* de las medidas, el considerando 20 de la Directiva 2000/78/CE exige que se tengan en cuenta: 1) los costes económicos y de otro tipo que aquellas impliquen, 2) el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa; y 3) la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda que esta puede percibir para el ajuste. Adicionalmente, en esta última línea, el art. 5 Directiva 2000/78/CE precisa, aun en términos negativos, cuándo la carga *no* se considerará excesiva. Así sucederá cuando, por ejemplo, dicha carga «sea paliada, en grado suficiente, mediante *medidas* existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades». En similar sentido, se pronuncia el art. 40.2, párrafo segundo, LGDPD 1/2013 y —casi en los mismos términos literales— el nuevo proyectado art. 49.1.n) ET; según el proyecto de ley de reforma de este último, debe valorarse si la carga «puede ser paliada, en grado suficiente, mediante medidas, ayudas o subvenciones públicas (obsérvese la mayor precisión de sinónimos) para personas con discapacidad», así como «los costes que la adaptación implique, en relación con el salario medio, el tamaño y el volumen de negocios de la empresa». Por lo que parece, aun sin acceso (total o parcial) a las ayudas públicas, el carácter excesivo del coste de las medidas va a depender, finalmente, de las características (tamaño y volumen de negocio) de la empresa y de su particular situación económica, para lo que hay que atender, entre otros criterios, al salario medio abonado en la misma, aspecto que en la versión del anteproyecto no se indicaba.

Esta remisión a las circunstancias económicas de la empresa y a la posibilidad de contar con ayudas públicas evidencia la necesidad de estar a la valoración que se haga en cada supuesto concreto. En relación con este, también habrá que atender a otros posibles criterios (incluso no económicos, sino más bien de carácter social) que se hayan podido prever en el convenio colectivo o pacto de empresa.

Las empresas con personas con discapacidad en sus plantillas pueden percibir diferentes ayudas públicas, por ejemplo, subvenciones del Servicio Público de empleo estatal para la contratación indefinida de aquellas, a tiempo completo o parcial; bonificaciones en las cuotas a la seguridad social (136); subvenciones para la adaptación del puesto (137) y la dotación de equipos de protección personal para evitar accidentes laborales o para la eliminación de las barreras que dificultan el trabajo (138).

Como apunte importante, no cabe dejar de mencionar que, aunque en el nuevo precepto estatutario que se proyecta parezca que la carga excesiva solo debe valorarse respecto de los ajustes a introducir en el puesto de trabajo (lo que, en su caso, determina el pase a la siguiente opción), resulta evidente que la valoración de tal aspecto también debe hacerse para la segunda medida contemplada: el cambio a otro puesto de trabajo vacante. Ciertamente, una vacante que requiera ajustes no excesivos también debería ofrecerse a la persona discapacitada, a diferencia de cuando suceda lo contrario.

En fin, todo lo recién expuesto evidencia que, a partir de ahora, las medidas de recuperación profesional que los poderes públicos deben facilitar a las personas con discapacidad, así como los ajustes razonables en

el puesto de trabajo que corresponde adoptar a la empresa, van a cobrar una importancia extraordinaria para fomentar la inserción laboral y social plena de aquellas personas. La idea es evitar el aislamiento y el trato desigual de estas, haciendo todo lo posible para garantizar sus derechos fundamentales, comenzando por el de la igualdad de trato y la no discriminación en el mercado de trabajo y en la sociedad.

4. PRINCIPALES CONCLUSIONES

A modo de cierre, cabe destacar ahora algunas de las principales ideas de este trabajo, entre ellas, las siguientes:

1. • El modelo social del tratamiento de la discapacidad ha supuesto un empuje decisivo para la inclusión social y laboral de las personas afectadas. Los grandes textos internacionales, como la Carta Social europea (revisada 1996) del Consejo de Europa, o los propios del Derecho de la UE, como la Directiva 2000/78/CE del Consejo (art. 5 Directiva 2000/78/CE), han venido reclamando a los gobiernos nacionales y a las empresas la adopción de medidas concretas para hacer efectiva la referida inclusión. En esta línea, cabe destacar la importancia de la «Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad», de la ONU (2006), ratificada por la UE en 2010 y por nuestro país en 2007 (en vigor desde 3 mayo 2008). La influencia de dicha Convención queda reflejada en nuestra Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, de 2013, que hace una apuesta decidida por la inclusión integral de la persona discapacitada (accesibilidad y diseño universales y ajustes razonables), con el fin de respetar el principio de la igualdad de trato y no discriminación de aquella. Más recientemente, la reforma del art. 49 CE y la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 julio colaboran en este objetivo, esta última al contemplar, como prohibidos, nuevos motivos de discriminación relacionados con el estado de salud de la persona e insistir en el carácter discriminatorio de la conducta empresarial que no contempla los ajustes razonables antes de la extinción contractual.
2. • El aumento de la normativa internacional y nacional que apuesta por la plena integración social de la persona discapacitada ha ido acompañado de la progresiva flexibilización del concepto de esta última. Dicha flexibilización se ha producido, en un primer momento, en la doctrina del TJUE, cubriendo así el vacío conceptual de la referida Directiva 2000/78/CE. La evolución es generosa e inclusiva, pasando el TJUE de negar (en 2006) que la enfermedad (incluida la obesidad) o la IT puedan equivaler a la discapacidad a aceptar (desde 2013) que esto pueda ser así cuando aquellas situaciones cumplan determinados requisitos de limitación de la capacidad laboral, especialmente a largo plazo. En tales casos, la persona afectada queda incluida en la protección de la Directiva, lo que determina la ilicitud de la sanción disciplinaria o de la extinción contractual que se basa en la discapacidad de aquella, sin antes aplicar la empresa las garantías de protección de este colectivo, como la de los ajustes razonables en el puesto de trabajo. Los tribunales españoles han venido siguiendo la evolución de la doctrina europea, por lo que, en los últimos años, también se observa un giro más protector para el afectado, que se ve acentuado desde la STC 51/2021 y la Ley 15/2022, de 12 julio.
3. • La importante STJUE 18 enero 2024 (*Ca Na Negreta*) supone un paso más en la línea protectora de la persona discapacitada, cuando esta está en situación de incapacidad permanente, al obligar a la empresa a valorar los ajustes razonables en el puesto antes de proceder a la extinción directa del contrato por tal causa. Lo contrario supondría vulnerar la igualdad de trato y la no discriminación de aquella. Así, dicha sentencia pone fin a la interpretación literal del art. 49.1.e) ET, que ha venido estableciendo como causa extintiva, aparte de la muerte, la gran invalidez y la incapacidad permanente total y absoluta del trabajador. Dicha interpretación literal ha venido siendo sostenida por una corriente mayoritaria del TS, cuyo máximo exponente es la STS 142/2021, de 3 febrero, que defiende la automaticidad de la extinción del contrato tras la resolución administrativa firme del INSS que declare la incapacidad permanente (ordinaria) del trabajador. Y ello sin necesidad de que el

empresario tenga que atender, primero, a la obligación de los ajustes razonables y, después, comunicar formalmente la causa de la extinción a la persona afectada. Con todo, dicha interpretación literal ya había sido cuestionada por una posición discrepante, como la mantenida en la STS 770/2020, de 16 septiembre, que —al amparo de la normativa nacional e internacional sobre discapacidad— ya rechazaba la extinción directa tras la resolución administrativa y exigía al empresario valorar, previamente, la posibilidad de introducir los referidos ajustes.

4. • La citada STJUE declara contraria al art. 5 Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 noviembre 2000, una norma nacional como la nuestra, en su interpretación literal. Esto obliga a una reacción inmediata de los tribunales y del legislador español. Los primeros —en suplicación— ya están aplicando la doctrina europea y declarando la ilicitud de la extinción (en sentido amplio, lo que incluye la basada en causas objetivas) sin ajustes razonables previos, incluso (en algún caso) con declaración de nulidad objetiva, sin petición previa en la demanda. Por su parte, el legislador laboral ya ha publicado un proyecto de ley de reforma del art. 49.1.e) ET, que introduce cambios significativos en su redacción. Aparte de sustituir la letra e) por la n), destacan dos cambios en aquel: uno, la separación de la muerte como causa extintiva de la incapacidad permanente; el otro, la prohibición de que la empresa proceda a la extinción del contrato por esta causa cuando la persona trabajadora solicite la realización de ajustes razonables en el puesto o, en el caso de no ser esto posible (por constituir una carga excesiva), el paso a otro vacante y compatible.
5. • La obligación empresarial de valorar los ajustes razonables se configura ahora como un requisito previo a la extinción por incapacidad permanente del trabajador, siempre que este así lo solicite para mantenerse activo en el ámbito laboral. En todo caso, parece aplicable la doctrina general que, sobre esta figura, se prevé en la normativa de discapacidad, especialmente sobre la razonabilidad o no de aquella o la determinación de cuándo esta resulta una carga excesiva para la empresa. Sea como fuere, en este último aspecto, el legislador español (en la propuesta comentada) reproduce el criterio de que el carácter desproporcionado o indebido se valorará en atención a los costes de la medida, la situación económica de cada empresa y las ayudas públicas que esta pueda percibir con tal fin. Todo esto exige una detenida valoración de la medida, en cada supuesto concreto, tanto para determinar su adecuación para el trabajador incapacitado como su razonabilidad para la empresa.

5. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, Agencia Estatal BOE (BOE), Madrid, 2023.

ALONSO-OLEA GARCÍA, Belén: «Denegación de ajustes razonables como supuesto de discriminación por motivo de discapacidad. Su impacto sobre el contrato de trabajo». *Revista de Trabajo y Seguridad social, CEF*, n.º 480 (mayo-junio 2024).

BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: «La reforma de la extinción del contrato por declaración de la pensión de gran invalidez o incapacidad permanente absoluta o total: reflexiones sobre el nuevo apartado n) del art. 49.1 ET», *Blog del autor*, <https://ignasibeltran.com/2024/06/05>

CASTRO SURÍS, Elena: «Concepto de discriminación por discapacidad a nivel internacional e europeo», *Revista Galega de Dereito Social*, 2ª ET, n.º 15, 2022.

CORDERO GORDILLO, Vanesa: «Los ajustes razonables: un instrumento clave en la tutela antidiscriminatoria de las personas con discapacidad en el trabajo», *Noticias Cielo Laboral*, ADAPT University Press, 2022, n.º 11.

DOZO MOUGÁN, Irene: «Una aproximación a la situación de las personas discapacitadas en el ámbito del

empleo ordinario. Especial referencia a la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación». *Revista Jurídica Digital UANDES*, 7/1 (2023).

ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo: «El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RD leg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad», *Trabajo y Derecho*, La Ley, 2017, n.º 6.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia: «Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, La Ley, 2017, n.º 28.

– «Trabajadores especialmente sensibles, discriminación por discapacidad y despido objetivo», *Iuslabor*, n.º 3, 2019.

– «La aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de discapacidad sobre el concepto de discapacidad. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2020 (rec. 2684/2017) y de 15 de septiembre de 2020 (rec. 3387/2017)», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 2020, Universidad de Cádiz (UCA), n.º 2.

– «Personas enfermas. Novedades en materia de tutela antidiscriminatoria», en GÓMEZ SALADO, Miguel Ángel, RUÍZ SANTAMARÍA, José Luis, GONZÁLEZ COBALEDA, Estefanía (dirs.), *El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica una aproximación jurídico-social*, Comares, Granada, 2022.

GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier: «Ineptitud sobrevenida, obligación de ajustes razonables y enjuiciamiento del despido», *Foro de Labos*, entrada 25 -6-2024.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, José Antonio: «Los ajustes razonables como medida de integración laboral de las personas con discapacidad», *Revista de Derecho*, 2022, V. 23.

GORDO GONZÁLEZ, Luis: «Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo». *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Universidad Carlos III de Madrid, 2023, 4.

GUTIÉRREZ COLOMINAS, David: «¿Es discriminatoria, por razón de discapacidad, la configuración española de la extinción por el reconocimiento de gran invalidez, incapacidad permanente total o absoluta del trabajador? (art. 49.1.e TRLET). Una lectura integradora a la luz de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad», AA. VV.: *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, 2018.

LACOMBA PÉREZ, Ramón: «La obligación empresarial de ajuste razonable no rige para los grados de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez», *IUSLabor* 2/2024.

MARTÍNEZ BARROSO, María Reyes: «La extinción del contrato por desaparición, jubilación o incapacidad de sus sujetos», en el volumen AA. VV.: *Tratado de despido* (2018).

– «La obligación empresarial de efectuar ajustes razonables en el puesto de trabajo: problemática en relación con las mujeres con discapacidad», en AA. VV.: *Medidas para la inserción laboral de mujeres con discapacidad* (director David MONTROYA MEDINA), 2023.

MONREAL BRINGSVAERD, Erik José: «Enfermedad, discriminación y despido. Y control de convencionalidad e indemnización adicional: una misma sentencia y dos problemas para el sistema de fuentes», *Trabajo y Empresa: Revista de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2023, Vol. 2, n.º 1 2, págs. 35-68.

PASTOR MARTÍNEZ, Alberto: «El deber de adaptación de las condiciones de trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de trabajo», en el volumen AAVV: *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ed. Cinca 2014, Madrid.

RABASSÓ-RODRÍGUEZ, Nieves: «¿Es automática la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total de la persona trabajadora? Comentario a la STJUE 10/01/2024, Asunto C-631/22», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*, lustel, 2024, 67.

RIVAS VALLEJO, Pilar: «La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato», *Revista de Jurisprudencia laboral*, BOE, 2024, n.º 1.

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz: «La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad», *Revista Andaluza de Trabajo y bienestar social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 2014, n.º 127.

TARTURRO PÉREZ DE LOS COBOS, Sara: «El modelo social de discapacidad: un cambio de paradigma y la reforma del artículo 49 CE». *Lex Social*, Universidad Pablo de Olavide, 2022, Vol. 12, n.º 1.

(81) A efectuar en el plazo de un mes desde la resolución administrativa que revise el grado de incapacidad del trabajador.

(1) Este trabajo se realiza en el marco de los siguientes proyectos: 1) proyecto europeo CE: «Increasing metalworkers» representatives» awareness and skills on mental health protection & promotion in the workplace (increme(n)tal)» SOCPL-2023-INFO-WK. Y 2) proyecto nacional AEI: «Aprendizaje a lo largo de la vida en una sociedad digital: formación y recualificación para las nuevas profesiones del mercado de trabajo global», retos 2020.

[Ver Texto](#)

(2) Sobre el modelo social, cfr. TARTURRO PÉREZ DE LOS COBOS, Sara: «El modelo social de discapacidad: un cambio de paradigma y la reforma del artículo 49 CE». *Lex Social*, 2022, Vol. 12, n.º 1, pp. 39 y ss. CASTRO SURÍS, Elena: «Concepto de discriminación por discapacidad a nivel internacional e europeo», *Revista Galega de Dereito Social*, 2ª ET, 15, 2022, pp. 65 y ss.

[Ver Texto](#)

(3) La primera versión, de 1961, entró en vigor el 26 de febrero de 1965.

[Ver Texto](#)

(4) Firmado el 13 de diciembre de 2007, y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

[Ver Texto](#)

(5) 2000/C 364/01. Revisada el 12 de diciembre de 2007 (2010/C 83/02) y en vigor desde 2009.

[Ver Texto](#)

(6) Apartado III.3.

[Ver Texto](#)

(7) Preámbulo, considerandos 16 y 17.

[Ver Texto](#)

(8) Cfr. Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010, L 23, p. 35).

[Ver Texto](#)

(9) Así, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en esta materia. Asimismo, la Ley 26/2011, de 1 agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

[Ver Texto](#)

(10) Art. 39.2 RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre.

[Ver Texto](#)

(11) Art. 41 RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre.

[Ver Texto](#)

(12) Art. 42 RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre.

[Ver Texto](#)

(13) Art. 43 RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre.

[Ver Texto](#)

(14) Art. 46 RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre.

[Ver Texto](#)

(15) Art. 52 RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre.

[Ver Texto](#)

(16) Art. 65 RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre.

[Ver Texto](#)

(17) El acoso por razón de discapacidad es un acoso discriminatorio (art. 35.6 RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre).

[Ver Texto](#)

- (18) Cfr., entre otros, AGUILERA IZQUIERDO, Raquel: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2023, p. 33; GORDO GONZÁLEZ, Luis: «Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo». *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 2023, 4, pp. 103-121; MONREAL BRINGSVAERD, Erik José: «Enfermedad, discriminación y despido. Y control de convencionalidad e indemnización adicional: una misma sentencia y dos problemas para el sistema de fuentes», *Trabajo y Empresa: Revista de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2023, vol. 2, n.º 1 2, pp. 35-68.
- [Ver Texto](#)
- (19) Art. 2.3 Ley 15/2022, de 12 julio.
- [Ver Texto](#)
- (20) Art. 4.1 Ley 15/2022, de 12 julio.
- [Ver Texto](#)
- (21) Arts. 9 a 11 Ley 15/2022, de 12 julio.
- [Ver Texto](#)
- (22) Arts. 25 y ss. Ley 15/2022, de 12 julio.
- [Ver Texto](#)
- (23) Esta reforma tiene su origen en un anteproyecto de 2018, modificado en 2021 y diferente a la actual redacción de 2024.
- PÉREZ DE LOS COBOS, Sara, *op. cit.*, p. 59.
- [Ver Texto](#)
- (24) STC 10/2014, de 27 enero.
- [Ver Texto](#)
- (25) STC 77/2014, de 22 mayo.
- [Ver Texto](#)
- (26) STC 51/2021, de 15 marzo.
- [Ver Texto](#)
- (27) Cfr., entre otros, los arts. 5, 12, 30, 39, 40, 43, 45 Ley 3/2023, de 28 febrero, y, en especial, arts. 50 y 54 Ley 3/2023, de 28 febrero.
- [Ver Texto](#)
- (28) DOZO MOUGÁN, Irene: «Una aproximación a la situación de las personas discapacitadas en el ámbito del empleo ordinario. Especial referencia a la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación». *Revista Jurídica Digital UANDES*, 7/1 (2023), pp. 39 y ss.
- [Ver Texto](#)

(29) STJUE (Gran Sala) de 11 de julio de 2006. Asunto C-13/05. ECLI:EU:C: 2006:456.

Ver Texto

(30) STS 22-11-2007 (rec. 3907/2006).

Ver Texto

(31) STS de 3-5-2016 (rec. 3348/2014).

Ver Texto

(32) STJUE de 11 abril 2013. Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11. ECLI:EU:C: 2013:222.

Ver Texto

(33) STJUE de 18 diciembre 2014. Asunto C-354/13. ECLI:EU:C: 2014:2463.

Ver Texto

(34) STJUE de 18 enero 2018. Asunto C 270/16. ECLI: ECLI:EU:C: 2018:17.

Ver Texto

(35) STJUE de 18 diciembre 2014, ya citada.

Ver Texto

(36) STJUE de 1 de diciembre de 2016. Asunto C-395-15. ECLI:EU:C: 2016:917. Cfr. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia: «Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, La Ley, 2017, n.º 28, pp. 77-82. La autora apunta la dificultad de valorar el carácter duradero de la enfermedad crónica.

Ver Texto

(37) STSJ Sevilla/Andalucía, de 5 abril 2018 (rec. 1884/2017).

Ver Texto

(38) STJUE de 11 septiembre 2019. Asunto C-397/2018. ECLI:EU:C: 2019:703. Cfr. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia: «Trabajadores especialmente sensibles, discriminación por discapacidad y despido objetivo», *Iuslabor*, n.º 3, 2019.

Ver Texto

(39) Art. 25 Ley 31/1995, de 8 noviembre.

Ver Texto

(40) Más generosos se mostraron los Tribunales Superiores de Justicia, por ejemplo, al reconocer la discriminación por discapacidad ante una enfermedad larga consistente en un síndrome ansioso depresivo, vinculado al trabajo (STSJ País Vasco, de 2 mayo 2018; rec. 731/2018), un cáncer de mama (STSJ Castilla La Mancha de 9 noviembre 2018; rec. 1371/2018) o de útero (STSJ Cantabria de 18 enero 2019; rec. 833/2018) o dolencias de las cervicales (STSJ Canarias Tenerife 5 de junio 2018; rec. 119/2018) o las lumbares (STSJ País Vasco de 19 diciembre 2017; rec. 2345/2017). También cuando, ante una enfermedad, el empresario presionó para que el trabajador no cogiese la baja (STSJ Cataluña de 5 diciembre 2017; rec. 6324/2017). Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi. Blog del autor. <https://ignasibeltran.com/extincion-contrato-despido-nulidad/> (consulta el 28-5-2024).

[Ver Texto](#)

(41) STS 15 septiembre 2020 (rec. 3387/2017).

[Ver Texto](#)

(42) STS 22 mayo 2020 (rec. 2684/2017).

[Ver Texto](#)

(43) Cfr. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia: «La aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de discapacidad. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2020 (rec. 2684/2017) y de 15 de septiembre de 2020 (rec. 3387/2017)», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, Universidad de Cádiz (UCA) 2020, n.º 2, pp. 233-241.

[Ver Texto](#)

(44) STS 15 marzo 2018 (rec. 2766/2016) y STS 22 mayo 2020, ya citada.

[Ver Texto](#)

(45) STS 29 enero 2001 (rec. 1566/2000).

[Ver Texto](#)

(46) Cfr. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia: «Personas enfermas. Novedades en materia de tutela antidiscriminatoria», en GÓMEZ SALADO, Miguel Ángel, RUÍZ SANTAMARÍA, José Luis, GONZÁLEZ COBALEDA, Estefanía (dirs.), *El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica una aproximación jurídico-social*, Comares, Granada, 2022, p. 328.

[Ver Texto](#)

(47) STSJ Madrid, de 30 junio 2023 (rec. 275/2023).

[Ver Texto](#)

(48) Véase la STSJ Albacete/Castilla-La Mancha, de 4 abril 2024 (rec. 282/2024), que termina declarando la nulidad del despido, en período de prueba, por la mera asistencia del trabajador a una cita médica, aun sin baja formal.

[Ver Texto](#)

(49) STSJ Galicia 1491/2024, de 27 marzo 2024.

[Ver Texto](#)

(50) STSJ Valladolid/Castilla y León, de 24 abril 2024 (rec. 813/2024).

[Ver Texto](#)

(51) *Rectius*, pues la sentencia se refiere al art. 48.2 ET. Cfr. apartado 3.

[Ver Texto](#)

(52) STC 51/2021, de 15 marzo. ECLI:ES:TC: 2021:51. Como antecedentes, se citan las Sentencias del mismo órgano STC 3/2008, STC

10/2014 y STC 77/2014.

[Ver Texto](#)

(53) En el ámbito del empleo público, el art. 59.2 del Estatuto básico del empleado público, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, prevé «la obligación de cada administración pública de adoptar "las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso"».

[Ver Texto](#)

(54) En el caso analizado en la STSJ Valladolid/Castilla y León, de 22 marzo 2024 (rec. 1268/2023), se declara el despido del trabajador como improcedente, a pesar de que, en ese momento, este estaba de baja médica por una operación relacionada con su transexualidad. Dicha declaración se justifica en el desconocimiento empresarial tanto de la baja médica como de la referida condición personal.

[Ver Texto](#)

(55) En esta línea, MONREAL BRINGSVAERD (*op. cit.*, p. 47) entiende que «los despidos no justificados que tengan como móvil exclusivamente la situación de baja médica del trabajador no tienen, como regla general, naturaleza discriminatoria y no pueden ser, sin más, judicialmente declarados nulos», y ello porque la Ley 15/2022 no tiene carácter orgánico. Así, para que los despidos no justificados en situación de baja médica por IT sean nulos, las alternativas, según el autor, son cuatro: 1) transformar el derecho a la protección de la salud en un derecho fundamental; 2) modificar el art. 55.5 ET, por ley ordinaria, para incluir esta nueva causa de nulidad del despido; 3) que el TC diga que, en el contexto actual, la enfermedad sí puede tenerse por un factor odioso de tratamientos desiguales, en cuyo caso, una ley ordinaria podría reconocer, declarativamente, que la enfermedad es una causa de discriminación; y 4) aprobar una ley orgánica que establezca, constitutivamente, que la enfermedad es una causa de discriminación. Quizás esta última solución hubiera sido la ideal al aprobarse la mencionada Ley 15/2022.

[Ver Texto](#)

(56) ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo: «El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RD leg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad», *Trabajo y Derecho*, La Ley, 2017, n.º 6, p. 15 y ss.

[Ver Texto](#)

(57) El contenido del actual art. 48.2 ET proviene —con ligeras variaciones semánticas— del art. 36.2 Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, según el que: «producida la extinción de la situación de incapacidad temporal, con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente». El n.º 3 de dicho precepto autorizó al Gobierno para que incluyera, debidamente regularizado y armonizado, el contenido del citado número 2 en el texto refundido del ET, lo que se hizo por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 29 de marzo, cuya disposición derogatoria única l) derogó el referido art. 36.

[Ver Texto](#)

(58) 121/000033 Proyecto de Ley por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente de las personas trabajadoras, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en materia de incapacidad permanente (BOE de 13 septiembre 2024).

[Ver Texto](#)

(59) Obsérvese el cambio de denominación respecto de la expresión «gran invalidez», que se sustituye por la de «reconocimiento del complemento de asistencia de tercera persona». En línea con el cambio terminológico del art. 49 CE, el Consejo de Ministros de 21 de mayo de 2024 aprobó, también, un Anteproyecto de Ley que incluye una modificación en la denominación de las prestaciones hasta ahora conocidas como «gran invalidez» e «invalidez no contributiva», que pasan a denominarse «complemento de asistencia de tercera persona» y de «incapacidad no contributiva», en aras de fomentar un lenguaje más respetuoso e inclusivo hacia las personas perceptoras de estas pensiones de la Seguridad Social. Por cierto, este texto también incluye una disposición adicional única en la que el Gobierno, en el plazo de 6 meses y en el marco del diálogo social, se compromete a presentar una propuesta de modificación de la normativa en materia de Seguridad Social sobre incapacidad permanente y su compatibilidad con el trabajo, en coherencia con la última doctrina del TJUE, como se verá a continuación. Esta última previsión también se incluye ahora en la disposición final segunda de este proyecto de ley.

[Ver Texto](#)

(60) Esta idea de la imposibilidad de la extinción directa por la empresa estaba más clara en una primera versión publicada de la reforma analizada (texto de la «Propuesta de anteproyecto de ley por la que se modifica la Ley del Estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de despido»), que, expresamente, preveía que «*La empresa no podrá extinguir el contrato de trabajo por esta causa*» (por declaración de gran invalidez o incapacidad permanente absoluta o total de la persona trabajadora) «cuando la persona trabajadora solicite que se realicen los ajustes razonables en su puesto de trabajo que le permitan continuar desempeñándolo o ... el cambio a otro puesto de trabajo vacante compatible con su nueva situación».

[Ver Texto](#)

(61) STJUE 18 enero 2024. Asunto C-631/22. ECLI:EU:C: 2024:53. Sobre esta, véase, por ejemplo, RIVAS VALLEJO, P.: «La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato», *Revista de Jurisprudencia laboral*, 2024, n.º 1, p. 1 y ss.; RABASSÓ-RODRÍGUEZ, Nieves: «¿Es automática la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total de la persona trabajadora? Comentario a la STJUE 10/01/2024, Asunto C-631/22», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*, Iustel, 2024, 67, pp. 597 y ss.; ALONSO-OLEA GARCÍA, Belén: «Denegación de ajustes razonables como supuesto de discriminación por motivo de discapacidad. Su impacto sobre el contrato de trabajo». *Revista de Trabajo y Seguridad social*, CEF, 480 (mayo-junio 2024), pp. 191 y ss.

[Ver Texto](#)

(62) Auto 30 septiembre 2022.

[Ver Texto](#)

(63) STJUE 10 febrero 2022. Asunto C-485/20, ECLI:EU:C: 2022:85. En igual sentido, por ejemplo, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz: «La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad», *Revista Andaluza de Trabajo y bienestar social*, Junta de Andalucía, 2014, n.º 127, pp. 85 y ss.; GUTIÉRREZ COLOMINAS, David: «¿Es discriminatoria, por razón de discapacidad, la configuración española de la extinción por el reconocimiento de gran invalidez, incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, art. 49.1.e TRLET? Una lectura integradora a la luz de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad», AA. VV.: *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, 2018, pp. 273 y ss.; MARTÍNEZ BARROSO, María Reyes: «La obligación empresarial de efectuar ajustes razonables en el puesto de trabajo: problemática en relación con las mujeres con discapacidad», en AAVV: *Medidas para la inserción laboral de mujeres con discapacidad* (director David MONTOYA MEDINA), 2023, pp. 226 y ss.

[Ver Texto](#)

(64) Art. 193.1 LGSS.

[Ver Texto](#)

(65) Art. 194.2, párrafos primero y segundo, LGSS.

[Ver Texto](#)

(66) Art. 196.1 LGSS: el trabajador afectado tiene derecho a una prestación económica a tanto alzado.

[Ver Texto](#)

(67) Art. 1 RD 1451/1983, de 11 de mayo, por el que, en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos. Y art. 2.1.i) RD-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía.

[Ver Texto](#)

(68) Art. 198.1 LGSS. De darse tal coincidencia, la pensión de IP no tendría justificación. De manera adicional, el trabajador debe tener capacidad laboral y aptitud para realizar esas nuevas tareas, que también deben ser compatibles desde el punto de vista de la seguridad y salud. MARTÍNEZ BARROSO, María Reyes: «La extinción del contrato por desaparición, jubilación o incapacidad de sus sujetos», en el volumen AA. VV.: *Tratado de despido* (2018), p. 403.

[Ver Texto](#)

(69) Art. 196.2, párrafo segundo, LGSS.

[Ver Texto](#)

(70) STS 12 febrero 2003 (rec. 861/2002), STS 28 febrero 2005 (rec. 1591/2004) o STS 227/2020, de 11 marzo, si bien esta última incluye, también, el grupo profesional en el que se encuadre la profesión ejercida, siguiendo lo dispuesto en el art. 194.2, párrafo segundo, LGSS. Cfr. RIVAS VALLEJO, Pilar: «El dudoso concepto de la profesión habitual y la extinción del contrato por incapacidad permanente total cuando se adaptaron previamente las condiciones de trabajo», *Revista de jurisprudencia laboral*, BOE, 2020, n.º 10, pp. 7 y ss.

[Ver Texto](#)

(71) Art. 198.2 LGSS.

[Ver Texto](#)

(72) Posición confirmada por la posterior STS 10 noviembre 2008 (rec. 56/2008). En principio, según dicha sentencia, solo se prohíben las actividades «no compatibles», es decir, aquellas inadecuadas o perjudiciales para el estado del beneficiario de la pensión de incapacidad permanente.

[Ver Texto](#)

(73) Con todo, el criterio de gestión del INSS n.º 11/2024, de 13 de junio, precisa que, en los supuestos en los que ya se venía compatibilizando la pensión de IPA y el trabajo remunerado con inclusión en la seguridad social, se seguirá manteniendo dicha compatibilidad «durante la vigencia» de los contratos de trabajo o de las actividades de que se trate, sin perjuicio de que se pueda abrir un procedimiento de revisión del grado de incapacidad. Ahora bien, para el futuro, se aplicará dicha incompatibilidad, lo que determinará la suspensión del pago de la pensión cuando el discapacitado comience a realizar una actividad que le incluya en un régimen de la seguridad social, por cuenta ajena o propia. Al cesar en dicha actividad, el pago de la pensión se reanudará. En todo caso, el complemento por tercera persona se mantendrá.

[Ver Texto](#)

(74) Para las personas no trabajadoras, véase el art. 8.1 LGDPD 1/2013.

[Ver Texto](#)

(75) Art. 42.1.b) LGSS. También, véase el Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios

sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. Asimismo, el IMSERSO dispone de 6 Centros de Atención a Personas con Discapacidad Física (CAMF) que proporcionan estas prestaciones (Resolución DG INSERSO de 18 enero 1993). En la normativa internacional, el art. 27.1.K Convención de la ONU, prevé que los Estados deben promover programas de rehabilitación vocacional y profesional y de reincorporación al trabajo.

[Ver Texto](#)

(76) Art. 17 LGDPD 1/2013.

[Ver Texto](#)

(77) Art. 12.3.b) LGDPD 1/2013. También arts. 13, 14, 15, 37 y 38 LGDPD.

[Ver Texto](#)

(78) Art. 70.3 LO 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional.

[Ver Texto](#)

(79) Art. 89.3 LO 3/2022, de 31 de marzo.

[Ver Texto](#)

(80) Art.42.1. b) LGSS.

[Ver Texto](#)

(81) Art. 2 RD 1451/1983, de 11 mayo.

[Ver Texto](#)

(82) Según la STS 28 abril 2016 (rec. 3621/2014), de solicitarse la revisión antes de la fecha indicada por el INSS, no cabe entrar a examinar el fondo del asunto.

[Ver Texto](#)

(83) Otro tanto sucede cuando hay un error de diagnóstico o concurren nuevas dolencias. Art. 6.2 RD 1300/1995, de 21 julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

[Ver Texto](#)

(84) STS 28 diciembre 2000 (rec. 646/2000) y STS 4 febrero 2016 (rec. 2281/2014). También STS 3 febrero 2021 (rec. 998/2018).

[Ver Texto](#)

(85) Según el art. 7.1 RD 1300/1995, ya citado: «la subsistencia de la suspensión de la relación laboral, con reserva de puesto de trabajo» del art. 48.2 ET, «sólo procederá» cuando, en la resolución inicial de reconocimiento de invalidez, se haga constar «un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado, igual o inferior a dos años». De procederse a la mencionada revisión una vez transcurridos los dos años, la empresa no tiene obligación de reincorporar al trabajador al puesto (STS de 28 mayo 2009; rec. 2341/2008).

[Ver Texto](#)

(86) STS 28 diciembre 2000 (rec. 646/2000) y STS de 4 febrero 2016 (rec. 2281/2014), ya citadas.

[Ver Texto](#)

- (87) Art. 7.2 RD 1300/1995, de 21 julio. Si tal notificación no se produce o es errónea, la entidad gestora es la única responsable.
- [Ver Texto](#)
- (88) STS 3 mayo 2007 (rec. 5165/2005).
- [Ver Texto](#)
- (89) Sobre la diferencia entre el art. 49.1.e) ET y el art. 52.a) ET, véase la STSJ Cataluña, de 29 septiembre 2005 (rec. 1597/2005).
- [Ver Texto](#)
- (90) Según la STS 16 septiembre 2020 (rec. 1000/2017): la extinción empresarial por el art. 49.1.e) ET «parece difícilmente justificable» cuando la misma es adoptada por la empresa «antes de que se le comunicara la resolución administrativa» de IP. También STS de 19 octubre 1993 (rec. 2265/1992).
- [Ver Texto](#)
- (91) Así, STS 28 enero 2013, Sala General (rec. 149/2012), STS 23 febrero 2016 (rec. 2271/2014) y STS 20 diciembre 2022 (rec. 2977/2022).
- [Ver Texto](#)
- (92) Rec. 998/2018. Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín. Un comentario a la misma, en BALLESTER PASTOR, Inmaculada: «La Resolución del INSS declarativa de la incapacidad permanente total prevista en el art. 49.1.e) ET extingue el contrato de trabajo sin necesidad de comunicación formal de la empresa, no resultando aplicable lo preceptuado en el art. 55 ET», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, 2021, n.º 4.
- [Ver Texto](#)
- (93) Art. 6.4 RD 1300/1995, de 21 julio. En el caso analizado por la STS 3 febrero 2021 (rec. 998/2018), cit., no constaba que el trabajador hubiese recurrido la resolución administrativa de incapacidad, por lo que se presuponía su firmeza. También, STS 11 mayo 1994 (rec. 3082/1993), con cita de otra previa del mismo órgano de 21 octubre 1991. En la doctrina, MARTÍNEZ BARROSO, María Reyes: «La extinción del contrato por desaparición...», cit., p. 398.
- [Ver Texto](#)
- (94) Sobre un supuesto de esta naturaleza, véase la STS 21 mayo 2020 (rec. 1808/2017).
- [Ver Texto](#)
- (95) Según la STS 18 diciembre 1989 (RJ 1989, 9039), «el hecho de que el declarado en situación de incapacidad permanente pueda ser recolocado por la empresa no obliga a la empresa a novar objetivamente el contrato, ofreciéndole la realización de otro oficio de tales características, salvo que el orden normativo aplicable así lo dispusiere».
- [Ver Texto](#)
- (96) STS 18 diciembre 1989, ya citada.
- [Ver Texto](#)
- (97) STS 20 octubre 1986 (RJ 1986, 5852). También, STS 28 enero 2013, Sala General (rec. 149/2012), STS 23 febrero 2016 (rec. 2271/2014) y STS 3 febrero 2021 (rec. 998/2018), todas citadas.

Ver Texto

(98) Así, STS de 12 julio 1988 (RJ 1988, 5813) y STS 18 diciembre 1989 (RJ 1989, 9039), ya cit. Según la segunda, la posibilidad de acoplamiento del trabajador incapacitado en otro trabajo «es la razón de que la incapacidad permanente total no tenga efectos extintivos automáticos, como sí los tienen la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez».

Ver Texto

(99) Ponente Lourdes Arestey.

Ver Texto

(100) Otro tanto ocurre en el supuesto de hecho español que da lugar a la STJUE *Ca Na Negreta* de 2024.

Ver Texto

(101) Cfr. RIVAS VALLEJO, Pilar: «El dudoso concepto de la profesión habitual...», p. 6.

Ver Texto

(102) STS 13 marzo 2018 (rec. 1543/2016).

Ver Texto

(103) STSJ Cataluña, de 29 septiembre 2005 (rec. 1597/2005) cit., y la previa del mismo órgano que se cita en ella, STSJ Cataluña, de 20 mayo 2003.

Ver Texto

(104) Recurso n.º 708/2023. <https://diariolaley.laleynext.es/>

Ver Texto

(105) Recursos números 421 y 457 de 2023. Las citas realizadas en el texto son de la primera sentencia.

Ver Texto

(106) El TSJ Murcia se apoya, también, en la STS 2 octubre 2020 (rec. 4443/2017), y doctrina citada por esta, que avala la tutela objetiva y automática frente al despido nulo (causas art. 55.5 ET), si la empresa no prueba causa justificada, y sin necesidad de que el demandante aporte indicios de vulneración del derecho fundamental, bastando con la acreditación de la situación protegida.

Ver Texto

(107) Rec. 75/2022.

Ver Texto

(108) Sobre la actuación del órgano judicial nacional en situaciones de conflicto entre el Derecho de la Unión Europea y la norma nacional de transposición, véase la STJUE de 19 abril 2016, *Dansk Industri* (asunto C-441/14), que destaca la necesidad de dar prioridad al primero.

Ver Texto

(109) Fundamento de derecho undécimo.

Ver Texto

- (110)Cfr. STJUE de 11 septiembre 2019, citada. También STSJ Asturias de 13 febrero 2024 (rec. 1836/2023). Un comentario sobre la misma, en GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier: «Ineptitud sobrevenida, obligación de ajustes razonables y enjuiciamiento del despido», *Foro de Labos*, entrada 25-6-2024.
- Ver Texto
- (111)RIVAS VALLEJO, Pilar: «La negativa a aplicar ajustes...», cit., p. 9.
- Ver Texto
- (112)Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, José Antonio: «Los ajustes razonables como medida de integración laboral de las personas con discapacidad», *Revista de Derecho*, 2022, V. 23, pp. 208 y ss. CORDERO GORDILLO, Vanesa: «Los ajustes razonables: un instrumento clave en la tutela antidiscriminatoria de las personas con discapacidad en el trabajo», *Noticias Cielo Laboral*, ADAPT University Press, 2022, n.º 11, p. 1.
- Ver Texto
- (113)BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: *La reforma de la extinción del contrato por declaración de la pensión de gran invalidez o incapacidad permanente absoluta o total: reflexiones sobre el nuevo apartado n) del art. 49.1 ET*, Blog del autor, <https://ignasibeltran.com/2024/06/05>
- Ver Texto
- (114)La comprobación de que una persona tiene una «discapacidad», en el sentido del art. 4 LGDPD 1/2013, y la determinación de su alcance, «precede, lógicamente, a la consideración y adopción de las medidas necesarias para cumplir con la obligación de proceder a los ajustes razonables» (STC 51/2021, de 15 marzo).
- Ver Texto
- (115)A modo de lo que sucede con la contratación inicial de las personas discapacitadas, inscritas en el Servicio público de empleo estatal. Cfr. art. 8 RD 1451/1983, de 11 mayo: «el servicio público de empleo competente solicitará el informe de los equipos multiprofesionales sobre la adecuación del puesto de trabajo a la minusvalía de los trabajadores que, teniendo acreditada tal circunstancia, se encuentren inscritos en la oficina de empleo».
- Ver Texto
- (116)STC 51/2021, de 15 marzo.
- Ver Texto
- (117)Para mayor precisión, y por su interés, se reproduce literalmente el precepto: Cuando la extinción del subsidio de IT se produjera por alta médica con propuesta de incapacidad permanente, o por el transcurso de los quinientos cuarenta y cinco días naturales, «cuando se reconozca la prestación de incapacidad permanente y esta determine la extinción de la relación laboral, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.1.n) o su suspensión con reserva del puesto de trabajo conforme al artículo 48.2, ambos del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, los efectos de la prestación de incapacidad permanente coincidirán con la fecha de la resolución de la entidad gestora por la que se reconozca, salvo que la misma sea superior a la que venía percibiendo el trabajador en concepto de prolongación de los efectos de la incapacidad temporal, en cuyo caso se retrotraerán aquellos efectos al día siguiente al de extinción de la incapacidad temporal.
- En aquellos casos en los que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.1.n) del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, la declaración de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o complemento de asistencia de tercera personas no determine la extinción de la relación laboral, por llevar a cabo la empresa la adaptación razonable, necesaria y adecuada del puesto de trabajo a la nueva situación de incapacidad declarada o por haber destinado a otro puesto a la persona trabajadora, los efectos económicos de la incapacidad temporal se mantendrán durante el período transcurrido entre la fecha de notificación de la resolución en la que se califique la incapacidad permanente y la de reanudación de la

prestación de servicios para la empresa, con un máximo de tres meses.

En los supuestos a los que se refiere el párrafo anterior, los efectos económicos de la prestación de incapacidad permanente quedarán suspendidos en tanto se mantenga el desempeño del mismo puesto de trabajo con adaptaciones, u otro que resulte incompatible con la percepción de la pensión que corresponda, de acuerdo con el artículo 198. Si no llegara a producirse la citada adaptación del puesto de trabajo ni la recolocación en otro puesto incompatible con la percepción, se iniciará el pago de la pensión de incapacidad permanente a partir de la fecha en que se solicite, siempre que sea dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la que la empresa comunique la imposibilidad de adaptación o recolocación. En caso contrario, la pensión tendrá una retroactividad máxima de tres meses, a contar desde la solicitud. En estos dos últimos casos, la prolongación de los efectos económicos de la incapacidad temporal se mantendrá hasta la fecha de efectos de la incapacidad permanente, con el límite máximo de tres meses desde la notificación de la resolución en la que se hubiera calificado la misma.

En caso de extinción de la incapacidad temporal anterior al agotamiento de los quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración de la misma sin que exista ulterior declaración de incapacidad permanente, subsistirá la obligación de cotizar mientras no se extinga la relación laboral o hasta la extinción del citado plazo de quinientos cuarenta y cinco días naturales, de producirse con posterioridad dicha declaración de inexistencia de incapacidad permanente».

[Ver Texto](#)

(118) Con anterioridad, PASTOR MARTÍNEZ, Alberto: «El deber de adaptación de las condiciones de trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de trabajo», en el volumen AAVV: *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ed. Cinca 2014, Madrid, pp. 14 y ss.

[Ver Texto](#)

(119) Como ya se apuntó *supra* (3.2.2), estos ajustes deben entenderse aplicables, también, a la incapacidad permanente parcial, pues el hecho de que este grado no se mencione aquí es porque solo se citan los grados tradicionalmente relacionados con la extinción del contrato.

[Ver Texto](#)

(120) Gutiérrez Colominas defendió la aplicación del deber empresarial de los ajustes razonables para «convertir actividades aparentemente incompatibles en compatibles» (*op. cit.*, pp. 288-289).

[Ver Texto](#)

(121) Art. 2 Convención ONU y art. 2.m) LGDPD 1/2013.

[Ver Texto](#)

(122) Art. 5 Directiva 2000/78/CE y art. 2 Convención ONU.

[Ver Texto](#)

(123) Art. 2.m) LGDPD 1/2013.

[Ver Texto](#)

(124) STS 22 febrero 2018 (rec. 160/2016).

[Ver Texto](#)

(125) Considerando 20 Directiva 2000/78/CE.

[Ver Texto](#)

(126) Cfr. PRECIADO DOMÉNECH, Carlos Hugo: «Prohibición de discriminación por discapacidad. Despido de un trabajador con

discapacidad por falta de aptitud. Alcance de los ajustes razonables: obligación de recolocación», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, 2022, n.º 2; ALCÁZAR ORTIZ, Sara: «Comentario a la sentencia del Tribunal superior de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-485/20, de 10 de febrero de 2022, sobre discriminación por discapacidad, despido y ajustes razonables», *Revista de Derecho Laboral*, vLex, 2022, 6, septiembre.

[Ver Texto](#)

(127)Cfr. LACOMBA PÉREZ, Ramón: «La obligación empresarial de ajuste razonable no rige para los grados de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez», *IUSLabor 2/2024*, p. 210.

[Ver Texto](#)

(128)MARTÍNEZ BARROSO, María Reyes: «La obligación empresarial...», cit., pp. 234 y ss.

[Ver Texto](#)

(129)Art. 5 Directiva 2000/78/CE y art. 2 Convención ONU.

[Ver Texto](#)

(130)Art. 2 Convención ONU y art. 2.m) LGDPD 1/2013.

[Ver Texto](#)

(131)Art. 5 Directiva 2000/78/CE y art. 40.2 LGDPD 1/2013.

[Ver Texto](#)

(132)Art. 2 Convención ONU.

[Ver Texto](#)

(133)
Art. 2.m) LGDPD 1/2013. También considerando 20 Directiva 2000/78/CE.

[Ver Texto](#)

(134)Art. 2 Convención ONU y art. 2.m) LGDPD 1/2013.

[Ver Texto](#)

(135)Art. 5 Directiva 2000/78/CE; art. 40.2 LGDPD 1/2013 y el proyectado art. 49.1.n) ET.

[Ver Texto](#)

(136)Art. 7.1 RD 1451/1983, de 11 mayo.

[Ver Texto](#)

(137)Art. 39.2 LGDPD 1/2013.

[Ver Texto](#)

(138)Art. 12 RD 1451/1983, de 11 mayo.

[Ver Texto](#)