



Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Vol. 28 (2024), pp. 172-202

ISSN: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afduc.2024.28.9894>

LOS AJUSTES RAZONABLES POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD Y ENFERMEDAD, A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 18 DE ENERO DE 2024

REASONABLE ADJUSTMENTS DUE TO DISABILITY AND ILLNESS, PURSUANT TO THE STJUE OF JANUARY 18, 2024

ISABEL OLmos PARÉS

*Magistrada especialista del orden jurisdiccional social, Tribunal
Superior de Justicia de Galicia*
<https://orcid.org/0000-0001-8240-3898>

Recibido: 28/02/2025

Aceptado: 10/03/2025

Resumen: Con ocasión de la STJUE de 18 de enero de 2024, en el conocido caso Ca Na Negreta SA, donde se analiza el régimen jurídico de la extinción automática del contrato de trabajo por causa en la incapacidad permanente total de la persona trabajadora, conforme dispone el art. 49 e) del Estatuto de los trabajadores español, exonerando a la empresa de su obligación de realizar los ajustes razonables, el trabajo analiza el concepto de ajustes razonables en relación a la discapacidad, pero también a la enfermedad, tras la Ley 15/2022, que ha incluido en su ámbito de aplicación a la enfermedad como causa de discriminación y, aborda también la reforma proyectada por el gobierno en relación al art. 49 e) del ET, en orden a exigir en estos casos, los ajustes razonables, como son la adaptación o cambio de puesto de trabajo.

Palabras clave: Ajustes razonables, Discapacidad, Enfermedad.

Abstract: On the occasion of the STJUE of January 18, 2024, in the well-known Ca Na Negreta SA case, where the legal regime of the automatic termination of the employment contract due to the total permanent disability of the worker is analyzed, as provided in art. 49 e) of the Spanish Workers' Statute, exonerating the company from its obligation to make reasonable adjustments, the work analyzes the concept of reasonable adjustments in relation to disability, but also to illness, after Law 15/2022, which has included the disease as a cause of discrimination in its scope of application and also addresses the reform projected by the government in relation to art. 49 e) of the ET, in order to demand in these cases, reasonable adjustments, such as adaptation or change of job.

Keywords: reasonable adjustments, disability, illness

Sumario: **SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN II.- EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD Y ENFERMEDAD. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. 1. La discapacidad *versus* enfermedad: A. La sentencia del caso Chacón Navas; B. La sentencia del caso Ring; C. La sentencia del caso Daoudi; D. La sentencia del caso Nobel Plastiques Ibérica; E. La sentencia del caso Tartu Vangla; F. La sentencia del caso Ca Na Negreta SA 2. La enfermedad como causa de discriminación: A. La enfermedad como causa de discriminación antes de la ley 15/2022; B. La enfermedad como causa de discriminación después de la ley 15/2022 3.- La Incapacidad permanente total: A. Incapacidad permanente total y discapacidad; B. Incapacidad permanente total y capacidad laboral; C. La Extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total. **III. LOS AJUSTES RAZONABLES.** 1. Concepto de Ajuste razonable; 2. Proceso de adopción de las medidas de ajuste razonable; 3. Tipo de ajustes razonables: A. Reducción del tiempo de trabajo; B. Cambio de puesto de trabajo; 4. Los ajustes razonables en caso de enfermedad; 5. Los ajustes razonables en la incapacidad permanente total: A. Adaptación del puesto; B. Cambio de puesto **CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de discapacidad es hablar de “ajustes razonables”. Tenemos tantas definiciones de este concepto como normas que regulan la discapacidad, dentro y fuera de nuestro ordenamiento jurídico interno. A saber:

a) A nivel internacional, la Convención de las Naciones Unidas (en lo sucesivo, “la Convención”) sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006 por la Organización de Naciones Unidas, ratificada por la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, dada la ausencia de definición normativa en la Directiva 2000/78, en su art. 2, sobre «Definiciones», entiende por “ajustes razonables”, «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”

b) Por su parte, en el ámbito de la UE, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (en adelante la Carta)¹, tras establecer en el art. 21 la prohibición de toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de discapacidad, en el art. 26 relativo a la “Integración de las personas discapacitadas”, señala que:

«La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su

¹ «DOCE» núm. 364, de 18 de diciembre de 2000, páginas 1 a 22.

participación en la vida de la comunidad».

La Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (la Directiva), en su preámbulo, en orden al concepto de «ajustes razonables»², en su art. 5, dispone:

«A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades»

c) En el ámbito nacional, el art. 6.1 a) 2º párrafo de la Ley 15/2022, de 15 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación establece que:

«Se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad. A tal efecto, se entiende por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos»³.

d) A nivel autonómico, también encontraremos leyes que definan el concepto⁴.

En todas ellas, existen elementos comunes, en realidad, son réplicas unas de otras. El primer elemento para destacar es que todas ellas aludan a la “discapacidad” como situación

² Los Considerandos 16, 17, 20 y 21 de la Directiva también se refieren a los ajustes razonables en el sentido de que: «(16) La adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad; (17) La presente Directiva no obliga 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 dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.[...]; (20) Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre; (21) Para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda».

³ BOE, núm. 167, de 13/07/2022.

⁴ Sin ir más lejos de la que suscribe este trabajo, la ley gallega 10/2014, de 3 de diciembre, de accesibilidad cuyo art. 3. c) define los «Ajustes razonables» como «medidas de adecuación del entorno físico y social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de manera eficaz y práctica y sin que supongan una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de la ciudadanía. Para determinar si una carga es o no proporcionada, se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga su no adopción para las personas con discapacidad, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda».

jurídica que genera esa obligación de ajustes razonables.

Sin embargo, la Ley 15/2022 ha incluido en su ámbito de aplicación a la enfermedad o condición de salud como posible causa de discriminación, sin que al mismo tiempo establezca que los ajustes razonables son extensibles también a ellas, cuando, como veremos a continuación, enfermedad y discapacidad, en ocasiones, se equiparan.

II. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD Y ENFERMEDAD. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

1. La discapacidad *versus* enfermedad

A. La sentencia del caso Chacón Navas.

Dada la ausencia de definición tanto de la discapacidad como de la enfermedad en la Directiva, fue el TJUE el que, en una primera aproximación, al abordar un despido por razón de enfermedad, falló que no eran conceptos equiparables⁵, razonando que: «(...) para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de «discapacidad», se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración»⁶.

Ello abrió paso a la idea de que si una enfermedad o una lesión derivada de un accidente, por ejemplo, se preveía de larga duración, era posible la asimilación con el concepto de discapacidad.

En esta sentencia, pues, negando la equiparación, nos señala un primer criterio para que pueda producirse la misma, que se trate de una enfermedad que provoque una limitación de larga duración. En dicha sentencia se añadió que:

«La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate».

B. La Sentencia del caso Ring

A partir de la ratificación por parte de la Unión Europea, en 2010, de la Convención⁷,

⁵ STJCE Chacón Navas, C-13/05, de 11 de julio de 2006,. ECLI:EU:C:2006:456. La Sra. Chacón Navas trabajaba en la empresa Eurest, sociedad especializada en el sector de la restauración colectiva. El 14 de octubre de 2003 fue declarada en baja laboral por enfermedad y, según los servicios públicos de salud que se ocuparon de su caso, no estaba en condiciones de reanudar su actividad a corto plazo. Pasados seis meses, el 28 de mayo de 2004, Eurest notificó a la Sra. Chacón Navas que quedaba despedida, sin especificar motivo alguno, reconociendo al mismo tiempo el carácter improcedente del despido y ofreciéndole una indemnización.

⁶ Véase el apartado 45 de la STJUE Chacón Navas: «(...) La importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizado durante un largo período. Por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de «discapacidad», se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración».

⁷ La Unión Europea aprobó la Convención de la ONU sobre la discapacidad mediante la Decisión 2010/48, por lo que, a partir de la entrada en vigor de aquélla, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión, de modo que dicha Convención puede ser invocada para interpretar esta Directiva, que en la medida de lo posible debe interpretarse de conformidad con esa misma Convención.

el TJUE avanza en la idea de que una enfermedad puede ser asimilada a discapacidad. En la STJUE Hk Danmark (o Ring) C-335/11, de 11 de abril de 2013, la primera que dictó tras dicha ratificación, se habla de limitaciones derivadas tanto de accidente como de enfermedad, sea esta curable e incurable.

En esta sentencia⁸, el TJUE adopta una definición funcional del concepto de discapacidad:

«a) Debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

b) Debe entenderse en el sentido de que no solo abarca la imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también una dificultad para el ejercicio de esta. Una interpretación distinta será incompatible con el objetivo de esa Directiva, que pretende, en particular, que una persona con discapacidades pueda acceder a un empleo o ejercerlo o tomar parte en él⁹.

c) Es indiferente, ya lo he dicho, la causa de la discapacidad. La Directiva 2000/78 comprende las discapacidades de nacimiento, debidas a accidentes o las causadas por una enfermedad».

De este modo, concluye que:

«(...) si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78».

C. La sentencia del caso Daoudi

En la sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15, Daoudi y Bootes Plus S.L.¹⁰, el Tribunal de Justicia precisó que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de "duradera", con arreglo a la definición de "discapacidad" mencionada por la Directiva. Pero, añade, que

⁸ ECLI:EU:C:2013:222. La sentencia resuelve, previa acumulación de ambas cuestiones prejudiciales, el caso de dos trabajadoras que fueron despedidas a causa de una serie de ausencias derivadas de cuestiones de salud. En el caso de la Sra. Ring, estuvo de baja en diversas ocasiones entre el 6 de junio de 2005 y el 24 de noviembre de 2005 por dolores permanentes en la región lumbar para los que no hay tratamiento, mientras que la Sra. Werge padeció sucesivos períodos de baja por causa de las secuelas de un latigazo cervical a consecuencia de un accidente de tráfico. El juzgado danés promotor plantea, como cuestión central, la de si puede estar comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva una condición causada por una enfermedad, ya sea curable o incurable.

⁹ Conforme al apartado 43: «La circunstancia de que la persona de que se trate sólo pueda desempeñar su trabajo de manera limitada no impide que a su estado de salud se le aplique el concepto de «discapacidad». Contrariamente a lo que alegan DAB y Pro Display, una discapacidad no implica necesariamente la exclusión total del trabajo o de la vida profesional».

¹⁰(ECLI:EU:C:2016:917).

entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es "duradera" figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona y que, al comprobar ese carácter "duradero", el órgano judicial debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

La aportación de esta sentencia fue la de determinar, por un lado, los criterios para que pueda apreciarse que una limitación es de larga evolución y, por otro, en qué momento deberá determinarse dicha situación.

Por lo que se refiere a los criterios para apreciar que la limitación se prevé de larga evolución, se menciona la circunstancia de que la incapacidad (temporal) del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o, como puso de manifiesto, en esencia, el Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. A tal efecto, en la comprobación del carácter «duradero» de la limitación de la capacidad del interesado, el órgano jurisdiccional nacional debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales¹¹.

En suma, la distancia entre enfermedad y discapacidad se acorta, lo que implica que a efectos del enjuiciamiento de estos casos, lo esencial es la determinación de si la duración de las limitaciones derivadas de deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales son lo suficientemente prolongadas como para entender que pueden quedar subsumidas en el concepto de discapacidad descrito¹², especialmente, ya lo he dicho, porque ni la Convención

¹¹ Como señala la STSJ del País Vasco de 9 de mayo de 2016 (Recurso 906/2017), ECLI:ES:TSJPV:2017:1865: «En la STJUE del caso Daoudi, se viene a enjuiciar la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta entonces bien conceptuado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal de duración incierta por causa de un accidente. Resumidamente expresado, el TJUE responde con base en el concepto de "discapacidad" de la Convención de la ONU, en cuanto a limitación a largo plazo o de larga duración, carácter que no cabe excluir por la temporalidad de la incapacidad, sino que ha de analizarse respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha del despido, tomando como indicios de que la limitación es duradera el que la incapacidad no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo y que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de la persona. Concluye el TJUE que, si se aprecia que la limitación de capacidad es duradera, un trato desfavorable por motivos de discapacidad es contrario a la protección que brinda la Directiva 2000/78 y constituye la discriminación de su artículo 2.1».

¹² Véase también la STJUE de 18 de diciembre de 2014, caso Kaltoft, C-354/13, donde, el Sr. Kaltoft, cuidador infantil a domicilio, con 15 años de antigüedad, que padecía de una manifiesta obesidad, que intentó corregir sin éxito, fue elegido por los inspectores educativos de Billund Kommune como el único cuidador despedido en el contexto de una reducción de plantilla «tras un examen concreto a la vista del número decreciente de niños, y por consiguiente de la carga de trabajo, que tiene consecuencias económicas graves para el servicio de cuidado de niños y para la organización de éste». El TJUE, en su sentencia, si bien considera que la obesidad como tal no puede considerarse «discapacidad», dado que, por su propia naturaleza, no da lugar necesariamente a una limitación de las contempladas en el apartado 53 de la presente sentencia, declara –a renglón seguido– que “en el supuesto de que, en determinadas circunstancias, la obesidad del trabajador de que se trate acarreara una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas

define el concepto del carácter "a largo plazo" ni la Directiva precisa el de limitación duradera de la capacidad¹³.

D. La sentencia del caso Nobel Plastiques Ibérica

El siguiente hito se produce con la sentencia de 11 de septiembre de 2019, en el asunto C-397/18, DW y Nobel Plastiques Ibérica¹⁴. En ella, el Tribunal de Justicia concluyó que el estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo¹⁵, en el sentido del Derecho nacional¹⁶, que no permite al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, no significa, de por sí, que esa persona tenga una «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78¹⁷. Sin embargo, se otorgó la misma protección que la Directiva otorga a las personas trabajadoras discapacitadas, por el hecho de que la trabajadora demandante había padecido durante largo tiempo una limitación para desempeñar su puesto, de modo que podía exigir los ajustes razonables a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades; ajustes razonables que podían haber evitado su despido colectivo por causas objetivas, basado en criterios tales como el absentismo y productividad.

Por otro lado, de la referida sentencia se extrae que, la discapacidad no puede identificarse con un reconocimiento formal de una situación permanente, sino meramente

barreras, pudiera impedir la participación plena y efectiva de dicha persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación fuera de larga duración, la obesidad podría estar incluida en el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78».

¹³ El Tribunal Supremo se pronunció tomando como referencia la doctrina Ring a través de la sentencia de 25 de noviembre de 2014, RCUD 2344/2013, ECLI:ES:TS:2014:5427. En ella se advierte que se ha de «matizar o precisar» la doctrina existente «sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación».

¹⁴ ECLI:EU:C:2019:703.

¹⁵ La demandante en el caso concreto se le diagnosticó la epicondilitis y se sometía a un reconocimiento médico después de cada alta médica. En todos ellos se indicaba que la trabajadora era «apta con limitaciones» para ocupar su puesto de trabajo o para ejercer tareas de «conformado vapor». En consecuencia, durante los períodos en los que trabajó en el año 2016 fue destinada preferentemente a puestos que requerían la manipulación de tubo pequeño, en los cuales no había tanto riesgo para su salud como en los puestos en los que se manipulaba tubo grueso. Con el fin de proceder a un despido por causas objetivas en la empresa, Nobel Plastiques Ibérica adoptó los cuatro criterios siguientes, aplicables al año 2016: adscripción a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico, productividad inferior al 95 %, menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y mayor índice de absentismo. Nobel Plastiques Ibérica consideró que, durante el año 2016, DW cumplía con los cuatro criterios de selección, ya que se encontraba adscrita a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico, presentaba una productividad media ponderada del 59,82 % y una polivalencia muy reducida en las tareas fundamentales de su puesto de trabajo, y su índice de absentismo era del 69,55 %. En consecuencia, el 22 de marzo de 2017, mientras DW se encontraba en situación de incapacidad temporal, Nobel Plastiques Ibérica le notificó una carta de despido por causas objetivas, basándose en causas económicas, técnicas, productivas y organizativas. En las mismas fechas fueron despedidas igualmente nueve personas más que trabajaban en la empresa.

¹⁶ Por Derecho nacional se refería al art. 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

¹⁷ Véase el apartado 49 de la sentencia donde se añade que: «En efecto, del auto de remisión se desprende que la definición del concepto de «trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo», en el sentido del artículo 25 de la Ley 31/1995, se basa en requisitos que no son idénticos a los mencionados en el apartado 41 de la presente sentencia. Por lo tanto, no puede considerarse que ese concepto se corresponda con el de «persona con discapacidad» en el sentido de dicha Directiva».

temporal¹⁸, lo que también aproxima el concepto de discapacidad al de enfermedad, pero no tanto en su sentido estricto, sino en los términos contenidos en el art. 28 de la Ley de Prevención de Riesgos laborales (en adelante, LPRL)¹⁹, que otorga la misma protección a los trabajadores que, por sus características personales o estado biológico, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo en el ámbito de la prevención y seguridad laboral. Además, la limitación o dificultad ya no es para una actividad profesional concreta como dijo la sentencia del caso Ring, sino para un puesto de trabajo en particular, lo que sin duda, tiene trascendencia en orden a las medidas de ajustes razonables²⁰.

E. La sentencia del caso Tartu Vangla

En penúltimo lugar, citaré la STJUE de 15 de julio de 2021 en el asunto C-795/19, *Tartu Vangla vs. Jutiitsminister, Tervies-ja töominister, Öiguskantsler*²¹, donde se analizaba el caso de un funcionario de prisiones estonio que fue despedido debido a que su agudeza auditiva no alcanzaba los umbrales mínimos de percepción acústica establecidos en el Reglamento aplicable, sin que dicho Reglamento permitiese comprobar si dicho funcionario podía desempeñarlas, tras realizar los ajustes razonables. De hecho, ni siquiera se había valorado la posibilidad de que el trabajador pudiese seguir prestando servicios a través de la colocación de una prótesis auditiva. De este modo, el Reglamento exoneraba de forma absoluta a la empresa de la obligación de falta de ajustes razonables. En dicha sentencia se alude a que el concepto de "ajustes razonables" debe entenderse de forma amplia, en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

F. La sentencia del caso Ca Na Negreta SA

Finalmente, la sentencia de 18 de enero de 2024, en el asunto de J.M.A.R contra Ca Na Negreta SA, C-631/2022²². Se trata de un caso parecido al anterior, en este caso, la norma analizada era española, el art. 49.1 e) del ET, el que permite la extinción del contrato de trabajo en caso de incapacidad permanente total de la persona trabajadora, lo que parece eximir también al empresario de la obligación de realizar con carácter previo los ajustes razonables. Lo mismo sucedía en el caso del funcionario de prisiones estonio que, por aplicación del Reglamento, al no alcanzar los umbrales mínimos, había sido despedido. Son

¹⁸ Véase la STSJ de Madrid núm. 220/2021, de 3 de marzo (RSU 18/2021), (ECLI:ES:TSJM:2021:2686).

¹⁹ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, BOE» núm. 269, de 10/11/1995.

²⁰ El Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona que había presentado la cuestión prejudicial decretó el despido nulo, entre otras razones, porque consideró la insuficiencia del esfuerzo de adaptación del puesto de trabajo por parte de la empresa. Sobre este extremo, la sentencia se refiere a un informe de Inspección de Trabajo confeccionado con posterioridad a la extinción, donde imponía dos sanciones a la empresa por incumplir este deber de adaptación y por haber expuesto su empleada a «riesgos ergonómicos que provocaron su dolencia, creando un riesgo grave para su integridad física y por el mantenimiento de las condiciones de prestación de servicio una vez conocida su patología, adscribiéndose a puestos de trabajo cuyas condiciones eran incompatibles con sus características personales». Siendo así, el juzgado barcelonés acredita que «si se realizaron medidas de adaptación, estas fueron absolutamente insuficientes e ineficientes, por lo que debe considerarse la actora como persona discapacitada a los efectos de la protección antidiscriminatoria de la Directiva 2000/78».

²¹ ECLI:EU:C:2021:606.

²² ECLI:EU:C:2024:53.

dos casos, además, en lo que precisamente la adopción de las medidas de ajuste no se presentan ni desproporcionadas ni gravosas; de hecho, en el caso Ca Na Negreta SA, el trabajador conductor de camiones de transporte de residuos, tras sufrir una fractura de calcáneo en su pie derecho, había sido reubicado por la empresa y pasó a prestar servicios en otro puesto en el que solo debía conducir durante 40 minutos cada día aproximadamente, de modo que tras la declaración del INSS como afecto de una incapacidad permanente total, podía haber permanecido en el mismo puesto en el que había sido reubicado.

Conviene apuntar en este sentido que en este caso, la existencia de una prestación de seguridad social que podía conservarse al tiempo que el beneficiario podía trabajar en otro puesto no fue considerada una circunstancia relevante, cuestión esta que no puede pasar inadvertida toda vez que la prestación de Seguridad Social podría haber sido considerada una circunstancia a valorar en el marco de la existencia de carga excesiva (art. 5 *in fine* de la Directiva), si bien el Tribunal europeo ventila esta cuestión de modo taxativo²³.

La doctrina establecida por esta Sentencia es la que provoca este trabajo, teniendo en cuenta que ha determinado la pronta reacción del legislativo en aras de reformar el citado precepto del ET, pero no en el sentido de eliminar la incapacidad permanente total como causa de extinción del contrato, sino de regular sus consecuencias jurídicas en atención a que, estamos ante una persona trabajadora afecta de una discapacidad. Lo veremos más adelante.

2. La enfermedad como causa de discriminación

La RAE define la “enfermedad” como “alteración más o menos grave de la salud”²⁴. El art. 25.1 2º párrafo *in fine* alude a “estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”.

Pero, ya hemos visto que la Directiva no incluye como causas de discriminación a la enfermedad. Ha sido la Jurisprudencia del TJUE la que ha aproximado ambos conceptos en el sentido de que la limitación que genera la enfermedad ha de ser de larga duración o duración incierta para poder pasar al concepto discapacidad, de modo que si la limitación no es de larga duración o no se presenta incierta su duración, estaremos ante una persona enferma y no ante una persona con discapacidad.

A. La enfermedad como causa de discriminación antes de la Ley 15/2022

La doctrina del Tribunal Supremo, que tiene su origen en la STS de 29 de enero de 2001²⁵, siempre afirmó que si bien el despido de un trabajador en situación de IT no constituye una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, la calificación jurídica que merece tal despido es el de improcedencia²⁶, al excluir la existencia de una vulneración de

²³ GUTIÉRREZ COLOMINAS, David, «Extinción del contrato de trabajo e incapacidad permanente total: Anotaciones a la STJUE de 18/01/2024, Ca Na Negreta, C-631/22», Briefs, AEDTSS NÚM. 8, 2024, disponible en https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2024/01/8_Gutierrez-Colominas_STJUE.pdf

²⁴ La RAE es la Real Academia de la Lengua Española. Disponible en: <https://www.rae.es/drae2001/enfermedad>

²⁵ STS de 29 de enero de 2001 (RCUD 1566/2000), ECLI:ES:TS:2001:502. La línea doctrinal que aceptaba, de forma natural, que es despido por causa de incapacidad temporal suponía una discriminación «por razones de salud» finalizó con esta sentencia del Tribunal Supremo, seguida posteriormente por otras muchas, como la STS de 22 de septiembre de 2008 (RCUD 3591/2006), ECLI:ES:TS:2008:5749, o la STS de 27 de enero de 2009 (RCUD 602/2008), ECLI:ES:TS:2009:483).

²⁶ Así la STS 366/2016, de 3 de mayo de 2016 (RCUD. 3348/2014), ECLI:ES:TS:2016:2351, confirma la sentencia de Sala General del TSJ de Cataluña de 1 de julio de 2014, la cual, con voto particular en contra de 5

derechos fundamentales o de discriminación²⁷. La única excepción era en el caso de que una enfermedad constituyese un factor de discriminación prohibido por la CE, es decir, cuando se aprecie un elemento de segregación²⁸. En segundo lugar, se admitía que pudiese existir un supuesto de discriminación, por vulneración del derecho a la integridad física del art. 15 de la CE, en aquellos casos en los trabajadores se vean presionados por parte de la empresa para solicitar voluntariamente el alta en su situación de incapacidad temporal, con la amenaza latente de que de no hacerlo se procedería a su despido²⁹. O los casos de amenazas de despido en el caso de incurrir en nuevas bajas³⁰.

El Tribunal Constitucional dio validez a la doctrina del TS, y en su sentencia STC 62/08, razonó que:

«Una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE” y concluir “que una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su

magistrados/as, había revocado la declaración de nulidad dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona el 19 de noviembre de 2013, en base a que la situación de la trabajadora, que solo llevaba diez días de baja en la fecha del despido no permite equipararla a una discapacidad. El interés de esta sentencia radicó en que hacía referencia a la corta duración de la incapacidad temporal padecida por un trabajador despedido, lo que invitaba a pensar que se estarían sentando las bases para la concreción de un cambio doctrinal en el momento en que el TS hacía referencia explícita a la duración de la incapacidad, admitiendo pues que no puede descartarse categóricamente que la enfermedad no pueda equipararse a la discapacidad y que la duración de la baja, la limitación, es el elemento determinante para posibilitar esta equiparación. En esta línea, el TS estaría en vías de adoptar un concepto funcional de la discapacidad en contra el criterio seguido hasta la fecha de que la discapacidad solo puede ser considerada como un estatus que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa.

²⁷ El Tribunal Supremo excluye en estos supuestos la vulneración de la prohibición de discriminación del artículo 14 CE, en tanto considera que la enfermedad, en sentido genérico, no puede entenderse como un factor de discriminación en los términos requeridos por el precepto constitucional. A pesar de que el inciso final del artículo 14 CE se refiera a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», afirma que no puede entenderse que quede incluida cualquier tipo de condición o circunstancia personal o social. La prohibición de discriminación requiere un factor de rechazo social e histórico y considera que no constituye un elemento de segregación. Por consiguiente, la distinción por razón de salud no puede considerarse que vulnere la prohibición de discriminación del artículo 14 CE. La prohibición de discriminación únicamente se vulnera en relación a enfermedades estigmatizadas cuyas víctimas han sido socialmente rechazadas, tales como el VIH o SIDA- En relación a estas enfermedades, argumenta el tribunal, sí puede apreciarse un elemento de segregación.

²⁸ Deben mencionarse como referentes de la resistencia a la hipótesis “segregacionista”, las sentencias del TS, de 11 de diciembre de 2007 (RCUD. 4355/2006), ECLI:ES:TS:2007:9075 y la de 18 de diciembre de 2007 (RCUD 4194/2006) ECLI:ES:TS:2007:8885. Se refieren al despido coetáneo de 41 empleados de la empresa SEAT, todos ellos en situación incapacidad temporal o que lo habían estado recientemente, mediante sendas e idénticas comunicaciones disciplinarias individuales, en las que se invocaba, genéricamente, “una disminución continuada de su rendimiento laboral, siendo el mismo inferior al pactado”, despidos todos ellos que fueron reconocidos como improcedentes por la empresa pocos días después, procediendo a la consignación judicial de la indemnización de 45 días de salario por año de antigüedad. Ante la airada protesta sindical, la empresa hizo público un comunicado pocos días después justificando el despido por el absentismo de los afectados y el general en la empresa, del 7,86%, absentismo que perjudicaba el buen funcionamiento de la misma. Impugnado el despido como nulo, por su carácter discriminatorio, la Sala de Cataluña declaró los despidos nulos, lo que fue casado por el TS que los calificó de improcedentes.

²⁹ STSJ de Madrid 88/2018, de 2 de febrero (Recurso 1036/2017), ECLI:ES:TSJM:2018:941.

³⁰ Véase la STS de 31 de enero de 2011 (Rcud. 1532/2010), ECLI:ES:TS:2011:828, que declara nulo el despido de un trabajador enfermo que había sido amenazado en el caso de incurrir en nuevas bajas.

trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria»³¹.

En cuanto a la posible equiparación de la enfermedad en casos de incapacidad temporal de larga duración, tampoco la Jurisprudencia ha sido muy favorable en considerar que estábamos en presencia de una situación equiparable a la discapacidad³², aún en casos donde era de presumir por la naturaleza de la patología (un trastorno depresivo grave), que la duración era cuando menos incierta, en los términos que precisamente indicó el TJUE en la sentencia del caso Daoudi³³.

B. La enfermedad como causa de discriminación tras la Ley 15/2022

Sin embargo, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación³⁴, ha incluido en su ámbito de aplicación a la enfermedad o condición de salud como causa de discriminación. Dicha Ley constituye un desarrollo del artículo 14 de la Constitución Española (en adelante CE), que recoge el derecho fundamental a la igualdad

³¹ En la referida sentencia el TC concluye que «la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, según afirma, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla...». Afirma, aunque *obiter dicta*, que «la enfermedad puede ser en determinadas circunstancias un factor de discriminación análogo a los del artículo 14 y encuadrable en la cláusula genérica de las otras condiciones personales o sociales. Conviene señalar, ello no obstante, que dicha sentencia no entró a considerar la posible incidencia en tal conclusión ni de la CDFUE, ni de la Directiva 2000/78, ni del Convenio 158 OIT, aunque sí lo hizo el voto particular en contra para fundamentar su discrepancia y defender el carácter discriminatorio del despido, al afirmar que «existen enfermedades o afecciones crónicas que no alcanzan el grado de una discapacidad, a efectos de los artículos 4.2 c) y 17.1 LET o de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 y que, sin embargo, constituyen una categoría intermedia entre ésta y la simple enfermedad estrictamente funcional para el trabajo y generan, en casos como el enjuiciado en este amparo, acciones discriminatorias que es necesario considerar prohibidas en la cláusula "o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" del artículo 14 CE máxime cuando, al estar afectado el derecho al trabajo del recurrente del artículo 35.1 CE y el principio rector del reconocimiento a la protección de la salud del artículo 43 CE, obligan a un mayor rigor y exigencia de razonabilidad del que carecen en este caso las resoluciones judiciales (STC 95/2000, de 10 de abril)».

³² La STS 492/2022, de 31 de mayo (RCUD 109/2020), ECLI:ES:TS:2022:2358, llega a la conclusión de que la discriminación alegada no concurre al no haber sido acreditada la condición de discapacitado del trabajador demandante, pues solo se conoce la existencia de 151 días de IT y ulterior IPT, sin que consten las circunstancias o causas de las bajas, por lo que se hace extremadamente difícil deducir de ello que nos encontramos ante una situación de discapacidad duradera con arreglo a la definición de discapacidad establecida por la Directiva, interpretada a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre personas con discapacidad, que aplica la STJUE Daoudi.

³³ Véase STS 306/2018, de 15 de marzo (RCUD. 2766/2016), ECLI:ES:TS:2018:1244, que revoca la de suplicación que declaró la nulidad del despido, considerando que la calificación debe ser la de improcedencia, y ello pese a que la duración de la IT se prolongó durante más de un año, aunque en la fecha del despido solo llevaba nueve meses (la actora estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 13 de octubre de 2014 hasta el 12 de octubre de 2015, en que el proceso concluyó por agotamiento de plazo), por tanto, al tiempo de su despido ocurrido el 31 de julio de 2015, llevaba más de nueve meses de incapacidad temporal, situación que se prolongó después de su cese, sin que conste, por lo demás, curación. Además, el carácter "recurrente" con que fue calificada la dolencia, abunda asimismo en el cumplimiento del requisito de limitación permanente o de larga duración.

³⁴ BOE núm. 167, de 13/07/2022.

y no discriminación³⁵.

El artículo 2.1 incluye entre las razones de discriminación prohibida la «enfermedad o condición de salud», además del «estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos».

El artículo 2.3 añade que:

«La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública».

El artículo 3.1.a) señala que la ley se aplica en el ámbito del empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo.

Por último, el artículo 4.1 dispone:

«El derecho protegido por la presente ley implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2. En consecuencia, queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad. Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes».

La Ley no efectúa distinción alguna sobre el alcance, duración o gravedad de la enfermedad o condición de salud, por lo que cabría entender que cualquier enfermedad, por banal que sea, podría configurar la causa de discriminación prohibida.

En contraposición a la doctrina jurisprudencial relativa a la equiparación de la enfermedad a la discapacidad que requiere que la enfermedad comporte una limitación duradera, actualmente, hemos de entender que este requisito será irrelevante para la calificación del despido de una persona en situación de incapacidad temporal, por ejemplo,

³⁵ No tiene el carácter de Ley Orgánica porque el artículo 81.1 de la Constitución reserva las mismas para, entre otras, las «relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», lo que remite a la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución, que se inicia en el artículo 15, quedando el artículo 14 fuera de dicho ámbito. Cabe significar que dicho ámbito no es coincidente con el definido en el artículo 53.2 de la Constitución, que dice que «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». Es decir, en el artículo 53.2 se adiciona el artículo 14, que no aparece en el artículo 81.1. Esto es importante, porque el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas del capítulo XI del título II de la Ley de la Jurisdicción Social, con todo lo que implica, es aplicable en dicho ámbito del artículo 53.2, tal y como señala el artículo 177 de nuestra Ley procesal («los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso»). El derecho fundamental de igualdad no queda por tanto fuera de su ámbito, también a los efectos del artículo 184 de la Ley de la Jurisdicción Social.

pudiendo tratarse de procesos de corta, media o larga duración³⁶.

No obstante, el artículo 2.3 excepciona tres supuestos, en los que la diferencia de trato por razón de enfermedad no tendría naturaleza discriminatoria o ilícita:

-El propio proceso de tratamiento de la enfermedad

-Las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad para el ejercicio de determinadas actividades

-Las limitaciones exigidas por razones de salud pública

Se trata de supuestos en los que la medida empresarial que resulte cuestionada puede resultar explicada por razones objetivas como lo son el propio tratamiento, el que puede impedir, mientras dure, que el trabajador pueda realizar determinadas funciones u ocupar un puesto, con las consiguientes consecuencias jurídicas, como podría ser trabajar en horario nocturno y cobrar el plus correspondiente. En segundo lugar, se refiere la norma a las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad y que impidan el ejercicio de la actividad o tareas de la misma. No dice que deban ser permanentes en cuyo caso nos situaríamos en el terreno de la discapacidad. En tercer lugar, se refiere a limitaciones exigidas por salud pública, como podría ser enfermedades infecciosas y contagiosas que impidan el contacto u obliguen al aislamiento del trabajo o cualquier otra medida derivada de las mismas.

En todas estas excepciones se constata que se tratarán de limitaciones pasajeras, sean o no constitutivas de incapacidad temporal, de modo que medidas como el despido o extinción del contrato con causa en la enfermedad del trabajador, salvo que pueda apreciarse una situación más permanente equiparable a la discapacidad, resultará más fácil de detectar y deberá ser también considerada nula por discriminatoria.

La cuestión es: ¿Es aplicable a un trabajador enfermo la obligación de realizar ajustes razonables?

La respuesta a esta pregunta, la dejaré para más adelante.

3. La Incapacidad permanente total

A. Incapacidad permanente total y discapacidad

La incapacidad permanente total puede derivar de una contingencia o enfermedad común o de una profesional. Con carácter general podemos afirmar que la incapacidad permanente total presupone la existencia de una enfermedad o de una lesión derivada de un accidente, en suma, de un cuadro clínico residual conformado por una o varias patologías o lesiones, pero lo que caracteriza a la misma es que las limitaciones físicas o psíquicas de ellas derivadas sean permanentes. Por ello mismo, una persona afecta de una incapacidad permanente total es sin duda una persona con discapacidad en el sentido de la Directiva.

De todos modos, el concepto de “discapacidad”, no es solo el que ha elaborado la Jurisprudencia europea, sino que la encontramos positivizada en nuestro ordenamiento jurídico. Así, en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (la Ley de Discapacidad), define “discapacidad” como la «situación

³⁶ Véase la STSJ de la Comunidad Valenciana 1193/2024, de 24 de abril (RSU 79/2024), ECLI:ES:TSJCV:2024:2075.

que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás

En su art. 4.1 señala que: «Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás».

Después, la norma distingue entre aquellas personas con discapacidad por haberseles reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento³⁷, de las que hayan sido declaradas afectas de incapacidad permanente total:

«Sin perjuicio de lo anterior, a los efectos de la sección 1.^a del capítulo V y del capítulo VIII del título I, así como del título II, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento 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 que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad» .

Más en concreto, en lo que se refiere a las “Garantías del derecho al trabajo” el art. 35 después de señalar que: «1. Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación», en el párrafo segundo añade que:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, a los efectos del presente capítulo VI y del ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, tendrán la consideración de personas con 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 que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

De los anteriores preceptos, vemos como la Ley de discapacidad equipara a las personas afectas de una incapacidad permanente total, a efectos del ejercicio del derecho al trabajo, a las personas con discapacidad. No cabe, pues, ninguna duda, de que una persona trabajadora afecta del grado de incapacidad permanente total debe ser considerada como discapacitada.

B. Incapacidad permanente total y capacidad laboral

Para el concepto legal de las incapacidades extintivas, esto es, de la gran invalidez, incapacidad permanente absoluta y total, hay que acudir a las definiciones del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), de dónde los términos provienen.

³⁷ La discapacidad se reconoce por parte de los órganos competentes de las comunidades autónomas o, en el caso de las ciudades de Ceuta y Melilla, al Instituto de Mayores y Servicios Sociales (en adelante, Imserso) a través del procedimiento previsto en el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, mientras que la incapacidad permanente total o absoluta o la gran invalidez (sin olvidar la parcial) se reconoce por las entidades gestoras de la Seguridad Social. Por último, en el seno de las empresas, los servicios de prevención ajenos también pueden declarar a los trabajadores no aptos o aptos con restricciones para su puesto.

El art. 193 de la LGSS define la incapacidad permanente en su modalidad contributiva como:

«La situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médica, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva, y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral».

La definición del grado de total la encontramos en el art. 194.4 de la LGSS, según redacción que permanece por aplicación de la DT 26^a, mientras el citado precepto no sea objeto de desarrollo reglamentario³⁸, en el sentido de:

«Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta».

Se trata, pues, de un concepto basado en un criterio de capacidad laboral y funcional, según las secuelas, tanto físicas como psíquicas, de base médica, déficit orgánico o funcional³⁹, cuyo examen remite al binomio lesiones-función, es decir, pone en relación la aptitud laboral residual del trabajador con las funciones esenciales en su profesión habitual, de manera que la persona trabajadora resulte impedida para realizar todas o las fundamentales tareas de la misma. De conformidad con la doctrina expuesta, para calificar el grado de incapacidad ha de contemplarse individualizadamente, no siendo las decisiones en materia de incapacidad permanente extensibles ni generalizables, debiendo dirimirse la incidencia en la capacidad de trabajo de las lesiones padecidas⁴⁰.

El hecho de que la condición de discapacidad se produzca en virtud de una declaración de incapacidad total para la realización de todas o las fundamentales tareas de la profesión habitual, tiene trascendencia en orden a los ajustes razonables a implementar, pues los mismos no deberán ir encaminados tanto a seguir en ese puesto, lo que parece contradictorio con la misma declaración de incapacidad, sino en otro distinto para el que el trabajador resulte apto.

La declaración de incapacidad permanente en el grado de total requiere la comprobación de que el trabajador no es apto para la realización de las funciones propias de su profesión habitual, lo que no es identificable con el «grupo profesional»⁴¹, pero tampoco lo es con el «puesto de trabajo» o «categoría profesional»⁴², luego cabe entender que el trabajador podría realizar otras funciones del mismo grupo o de otros grupos profesionales. Se puede observar, por tanto, que en la propia definición de incapacidad permanente total se

³⁸ Conforme a la DT 26^a de la LGSS: «Uno. Lo dispuesto en el artículo 194 de esta ley únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del mencionado artículo 194. Hasta que no se desarrolle reglamentariamente dicho artículo será de aplicación la siguiente redacción».

³⁹ STS núm. 929, de 13 de junio de 1990, ECLI:ES:TS:1990:4556 y STS núm. 459, de 8 de abril de 1989, ECLI:ES:TS:1989:11341).

⁴⁰ STS de 28 de enero de 2002 (RCUD 1651/2001), ECLI:ES:TS:2002:9395; y STS de 28 de julio de 2.003 (RCUD 669/2002), ECLI:ES:TS:2003:5385.

⁴¹ STS 28 de febrero de 2005 (RCUD 1591/04), ECLI:ES:TS:2005:1207, conforme a la cual el concepto de grupo no ha accedido a la LGSS, y que el grupo puede incluir diversas profesiones.

⁴² SSTS 25 de marzo de 2009 (RCUD 3402/07), ECLI:ES:TS:2009:2324; y la 26 de octubre de 2016 (RCUD 1267/15), ECLI:ES:TS:2016:4952.

reconoce implícitamente la capacidad del trabajador para el desempeño de algunas funciones propias del mismo o de otro grupo, lo que puede permitir su reubicación⁴³.

C. Extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total

Muestra del carácter personalísimo de la prestación de trabajo, esto es, de la íntima conexión que se produce, en sentido jurídico estricto, entre su objeto y su sujeto⁴⁴, es la pervivencia en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), del art. 49.1 e) ET, que establece como causa de extinción del contrato de trabajo, la muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador.

Una primera cuestión que se planteó hace años el TCT fue la de si el grado de incapacidad permanente total es extintivo *per se* o hacía falta una declaración expresa de extinción emanada del empresario y hecha saber al trabajador, puesto que era evidente que el empresario podía seguir aceptando los servicios del trabajador en oficio o puesto distinto del anterior a la incapacidad, con modificación de las condiciones del contrato, incluidos los salarios, esto es, una novación objetiva, sin necesidad de un nuevo contrato, lo que ahora conocemos como ajustes razonables. Sin embargo, también hace años que el TCT consideró, tras la introducción en el ET de dicha causa de extinción, que ello determinaba la facultad automática del empresario de dar por extinguido el contrato⁴⁵. En el mismo sentido lo consideró el TS, salvo excepciones, por ejemplo, cuando el Convenio Colectivo lo impedía⁴⁶

Es llamativo el hecho de que ya el TCT tuviera claro que una incapacidad permanente total, en el sentido definido por la LGSS, esto es, como una merma de la capacidad o aptitud laboral en relación a la profesión habitual, no impedía la persistencia de capacidad laboral para otro puesto dentro de la misma empresa, que es el ajuste razonable por excelencia en estos casos.

La incapacidad permanente total como causa extintiva se distingue en el ET de la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa⁴⁷; también con la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables⁴⁸, ya que

⁴³ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, «La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 127, 2014, pág. 115.

⁴⁴ ALONSO OLEA. Manuel, *Derecho del Trabajo*, 8^a Edición, Universidad de Madrid, Sección de publicaciones, Madrid 1983, pág. 361.

⁴⁵ La Jurisprudencia anterior al ET (STCT de 5 de julio, 17 de octubre y 6 de noviembre de 1978, 30 de marzo 1979 y 9 de abril de 1980, entre otras), entendieron que la incapacidad permanente total no extinguía el contrato de trabajo, aunque podía caber el despido por ineptitud, entendiendo, sin embargo, con posterioridad al ET, que esta doctrina fue modificada al incluir el ET como causa de extinción, la incapacidad permanente total (STCT 20 de mayo 1981, 2 de febrero y 10 de mayo de 1982). Véase también en este último sentido, la STS de 29 de septiembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:11876).

⁴⁶ Véase la STS de 23 de mayo de 1996 (RCUD 2369/1995), ECLI:ES:TS:1996:3127.

⁴⁷ Véase el art. 52 a) del ET. Así, por ejemplo, la STSJ Galicia 1601/2020, de 13 mayo (RSU 6272/2019), ECLI:ES:TSJGAL:2020:2034, declara el cese de una trabajadora nula por discriminación, al tratarse de una trabajadora «discapacitada» y constatarse el incumplimiento de la empresa de su obligación de ofrecer un ajuste laboral razonable, tanto respecto de un puesto de trabajo alternativo como de la retribución correspondiente, existiendo distintas posibilidades para ello dentro de las diversas áreas del supermercado. En el mismo sentido, la STSJ Galicia 1433/2020, de 14 de mayo (RSU 146/2020), ECLI:ES:TSJGAL:2020:2119.

⁴⁸ Véase el art. 52 b) del ET.

la primera siempre ha estado prevista como una causa extintiva automática⁴⁹, aunque tras la reforma del precepto actualmente en trámite y que analizaremos más adelante⁵⁰, obligará a realizar previamente los ajustes razonables; sin embargo, en las citadas causas objetivas, aunque también puede estar presente, una situación de discapacidad o enfermedad del trabajador⁵¹, la extinción ha sido siempre indemnizada, con veinte días por año de servicio, habida cuenta que el trabajador no va a recibir una renta sustitutiva del salario y, quizás por esa razón, siempre ha sido más evidente para los tribunales, la necesidad de exigir los ajustes razonables, equiparando a estas personas trabajadoras con personas afectas de discapacidad, en su caso⁵².

Hasta la cuestión prejudicial del caso Ca Na Negreta SA, pocos pusieron en duda⁵³, la incapacidad permanente total como causa extintiva del contrato de trabajo, tal y como está configurada en el ET, sin indemnización, sin contextualizarla con el resto de las normas aplicables, en línea tanto con la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas como con la Directiva y la Carta, sin perjuicio, como dice el precepto, de lo previsto en el art. 48.2 del ET, esto es, de que la suspensión del contrato por uno o dos años, en previsión de que la situación mejore, revierta a otra de capacidad en el plazo fijado por la entidad gestora de la seguridad social y la empresa deba reponer al trabajador en su

⁴⁹ Abunda en esa idea el hecho de que el art. 2 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos establezca que:

«1. Los trabajadores que hubieran cesado en la Empresa por haberseles reconocido una incapacidad permanente total o absoluta y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional hubieran recobrado su plena capacidad laboral, tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la última Empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional».

⁵⁰ Existe en la actualidad un Anteproyecto el Anteproyecto de Ley por la que se modifica 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.

⁵¹ También ampara toda una serie de supuestos en las que el trabajador simplemente ha perdido una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo - rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración. STS de 2 de mayo de 1990

⁵² Véase, por ejemplo, la STSJ Cataluña 1128/2015, de 17 de febrero (RSU 7053/2014), ECLI:ES:TSJCAT:2015:1024, dónde se trata un supuesto de ineptitud sobrevenida, en aplicación del artículo 52 a) ET. En este caso se cuestionaba la corrección de la decisión extintiva relativa a una trabajadora diagnosticada de una enfermedad coronaria moderada a la que afectaba una contraindicación específica para la realización de «esfuerzos isométricos intensos» por la que debía evitar las cargas superiores a 10 kgs. En ella se analiza el hecho de que tras reincorporarse a su puesto de trabajo, la demandante trabajó con normalidad, como también se acredita que el Informe del Servicio de Prevención la consideró "apta con restricciones con prescripción de evitar manipulación de cargas superiores a los 10 kg" (única que se revela singularmente vinculada a un puesto de trabajo definido por un elenco de funciones extrañas a este físico requerimiento pues los "riesgos del puesto" que se añaden al indicado se revelan extraños a aquella funcional minoración). Pues bien la empresa, lejos de realizar "los ajustes razonables" para que continuara trabajando (como medidas de ajuste, se citan los de poner a disposición de la trabajadora los "equipos de elevación"), procedió a la extinción del contrato de la demandante. El despido fue declarado nulo. Véase también la STSJ de Galicia 2690/2023, de 23 de mayo (RSU 912/2023), ECLI:ES:TSJGAL:2023:4138.

⁵³ ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo, *Contrato de trabajo y discapacidad*, Tesis doctoral, Universitat Rovira i Virgili, 1997, págs. 422 y423. GOÑI SEIN, José Luis, «La ineptitud del trabajador como causa de despido», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 11, 1982, págs. 430 y 431; CORDERO GORDILLO, Vanessa, *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 262 y ss.

puesto de trabajo.

En los casos de incapacidad permanente total, la obligación empresarial relativa a realizar los ajustes razonables quedó en un segundo plano, desde el momento que el ET facultaba al empresario a extinguir el contrato de trabajo por esa causa, de forma automática y sin indemnización, incluso sin necesidad de comunicación por parte del empresario⁵⁴.

Sin embargo, según algún sector doctrinal, el marco jurídico vigente permite resolver el conflicto, ya que no es la mera declaración de la situación de incapacidad permanente la causa recogida por el art. 49.1 e) ET para facultar a la empleadora a adoptar una decisión extintiva al amparo únicamente de la resolución administrativa, sino solo cuando concurre identidad entre las circunstancias que motivan tal declaración (tras la valoración del binomio profesionograma-limitaciones funcionales), y tras la preceptiva aplicación del art. 25 LPRL, de suerte que el art. 49.1 e) ET no puede aplicarse de forma automática, no sin antes efectuar aplicación del art. 40.2 de la Ley de Discapacidad, adaptando las condiciones de trabajo en el puesto o aplicando una movilidad funcional propia de esta situación antes de evaluar una posible ineptitud para el puesto de trabajo⁵⁵.

Por el contrario, en los casos de la discapacidad pura y simple, es decir, con certificado oficial de reconocimiento de un grado de discapacidad superior al 33% o, en los casos de trabajadores declarados no aptos por los Servicios de Prevención, la obligación de las empresas en orden a realizar los ajustes razonables no se pone en duda, otra cosa es el cumplimiento satisfactorio de esa obligación. La Ley de discapacidad es clara en ese sentido en el denominado empleo ordinario⁵⁶, esto es, en empresas que no sean centros especiales de empleo o enclaves laborales (empleo protegido)⁵⁷, ya que las empresas que empleen a cincuenta o más trabajadores están obligadas a contratar un 2% de trabajadores con discapacidad⁵⁸. En los casos de empleo ordinario la obligación que tiene la empresa de adaptar el puesto de trabajo (y la accesibilidad de la empresa), con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, parte de la previa situación de discapacidad ya presente en el momento de la contratación. En esos casos, las empresas pueden contar con el

⁵⁴ Véase la STS núm. 142/2021, de 3 de febrero (RCUD 998/2018), ECLI:ES:TS:2021:408, que se atiene a la literalidad del art. 49.1 e) para entender extinguido de manera automática el contrato de trabajo si la resolución administrativa no establece plazo de revisión por mejoría, sin necesidad siquiera de comunicación escrita por parte de la empresa, y, lo más relevante a los efectos debatidos, sin que resulte exigible a esta la reubicación obligatoria, por no establecerse ni convencional ni contractualmente, atendida la inmediata ejecutividad de la resolución administrativa.

⁵⁵ Véase en ese sentido, la STS 770/2020, de 6 de septiembre (RCUD 1000/2017), ECLI:ES:TS:2020:3077. Un comentario a la misma en 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*, núm. 10/2020.

⁵⁶ El art. 40.2 de la referida Ley dispone que: «2. Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de 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 esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa».

⁵⁷ Véase el art. 43 del RDL 1/2013.

⁵⁸ Véase el art. 42 del RDL 1/2013.

apoyo de los servicios de empleo⁵⁹, sin perjuicio de que la carga para el empresario pueda ser excesiva⁶⁰.

Pero, como hemos comprobado, una correcta asimilación en nuestro ordenamiento jurídico interno de la doctrina jurisprudencial acerca del concepto de “discapacidad”, esto es, en los términos elaborados tanto por el TJUE, como por el TEDH, ha llevado a cuestionar el modelo español de extinción del contrato de trabajo por causa en la incapacidad permanente del trabajador, aunque en realidad, la STJUE de 18 de enero de 2024⁶¹, reproduce la doctrina de la anterior STJUE de 10 de febrero de 2022, asunto HR Rail, C-485/20⁶².

III. LOS AJUSTES RAZONABLES

1. Concepto de Ajuste razonable

No me resisto a acudir a la RAE para consultar lo que entiende por «razonable». Encuentro dos acepciones: la primera, razonable significa «arreglado, justo, conforme a razón»; la segunda: «Mediano, regular, bastante en calidad o en cantidad».

Las dos acepciones me parecen válidas a los efectos que nos ocupan, esto es, determinar en cada caso, cuál es el ajuste que puede exigirse y cumplirse.

Las definiciones de ajustes razonables que encontramos en las normas que hemos citado al inicio de este trabajo se reiteran en sus contenidos, se alude a modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas; también a medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre.

Si bien los ajustes razonables siempre vienen referidos a una previa situación de discapacidad, no es menos cierto que la enfermedad, como causa de discriminación prohibida, también va a exigir, como veremos, la adopción de medidas de protección y prevención, que, en buena lógica, serán medidas eficaces y prácticas para permitir que el trabajador enfermo pueda seguir trabajando, esto es, ajustes razonables para la persona trabajadora enferma.

El concepto de ajustes razonables es un concepto jurídico indeterminado, que debe ser adaptado a cada caso concreto. La discapacidad tiene un importante factor contextual, de manera que las medidas a implementar tratan de atenuar o anular la discapacidad de esa persona en ese entorno. Es también un concepto jurídico indeterminado, el de que las medidas en cuestión no deben ser excesivas o desproporcionadas para el empresario.

Los amplios términos en los que la Directiva ha formulado los conceptos de discriminación directa e indirecta facilitan que la negativa al ajuste se equipare a la discriminación. No obstante, en la práctica resulta más fácil probar que la negativa a la realización del ajuste no tiene justificación que probar el impacto discriminatorio de una

⁵⁹ Véase el art. 41 del RDL 1/2103.

⁶⁰ Conforme al art. 40 2. 2º párrafo de la Ley de Discapacidad: «Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa».

⁶¹ ECLI:EU:C:2024:53.

⁶² ECLI:EU:C:2022:85.

medida y su corrección mediante la realización de ajustes razonables. Por otro lado, pueden presentarse situaciones en las que no sea fácil reconducir la negativa a realizar el ajuste razonable a las categorías tradicionales de discriminación directa o indirecta⁶³.

Por tanto, los requisitos de los ajustes razonables serían cuatro:

a) Adecuados

Se trata de realizar adecuaciones sin necesidad de cambios fundamentales o estructurales, si bien pueden llegar, según el caso, a cambiar la naturaleza de un puesto de trabajo. Salvo casos extremos de que el ajuste implique una reestructuración, comprenden la eliminación o mitigación de los factores ambientales que limitan o dificultan el desarrollo laboral.

b) Necesarios

Como quiera que su función es garantizar la igualdad de trato, no estamos en presencia de una “concesión” hacia la persona trabajadora con discapacidad o enfermedad, son una condición base para lograr la igualdad de oportunidades.

c) No imponen una carga desproporcionada

Para que sean razonables, los ajustes requeridos deben ser viables y no perjudicar a otros trabajadores o las funciones mismas de la empresa. Sin embargo, el perjuicio hacia terceros o a la propia empresa viene producido, en ocasiones, por la propia empresa obligada, cuya inacción es la que provoca que las medidas de ajuste puedan acabar siendo más gravosas que si se hubieran cumplido en tiempo y forma⁶⁴. Por otro lado, el costo monetario es quizás el factor más importante para evaluar la razonabilidad de las adaptaciones requeridas, que debe ser proporcional al tamaño e ingresos de una empresa.

d) Los ajustes razonables son particulares

Ya se ha dicho, esto es, que los ajustes razonables vienen referidos a las necesidades específicas de una persona. En este sentido, los ajustes razonables se diferencian del concepto de accesibilidad física⁶⁵. Además, personas con las mismas deficiencias pueden tener necesidades diferentes entre sí, y los ajustes que son “razonables” para uno pueden no serlo para otro.

Por lo tanto, en España, un empresario vendrá obligado a adoptar una medida de adaptación del puesto de trabajo si dicha medida se demuestra adecuada para garantizar el

⁶³ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, «La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, núm. 127, 2014, pág. 104

⁶⁴ Véase la STSJ de Galicia de 11 de julio de 2024 (RSU 2487/2024), que analiza un caso de una profesora de un centro de formación Profesional que debido a una discapacidad sensorial que le afectaba a la vista, pidió mucho antes del inicio del curso, un horario diurno (salir y entrar del centro siempre a plena luz del día), pero la Administración educativa le concede unos horarios que no garantizan exactamente ese horario diurno. Cuando las trabajadoras, tras denunciar a la ITSS, presenta demanda, ya iniciado el curso, se alega que los nuevos horarios perjudican a los alumnos y al resto de los profesores.

⁶⁵ La práctica de diseño universal puede reducir la probabilidad de necesitar ajustes en el futuro, pero no la elimina. Aunque existen una serie de recomendaciones de posibles ajustes frente a determinados tipos de déficit, es fundamental analizar cada situación concreta para identificar los ajustes necesarios y adecuados a esa persona en particular.

acceso y permanencia en el empleo a una persona con discapacidad y si no es una carga excesiva. El concepto de carga excesiva no es un concepto estático ni uniforme para todo tipo de empresa porque para determinar si concurre tal carga habrá de atenderse, por un lado, al coste de la medida, por otro lado, a la existencia de ayudas externas y, por último, a la propia capacidad y entidad de la empresa. De tal manera que una determinada medida podrá calificarse como razonable para una gran empresa porque atendiendo a sus circunstancias no suponga un coste razonable y, en cambio, puede no ser razonable su exigencia en una pequeña empresa⁶⁶.

2. Proceso de adopción de las medidas de ajuste razonable.

El proceso por el cual se adoptan las medidas de ajuste razonables en el caso de la discapacidad es triple:

a) En primer lugar, precede a la obligación de determinar cuál es el ajuste razonable, el de determinar si concurre la situación de discapacidad o enfermedad, lo que ha de valorarse en el momento de producirse el acto presuntamente discriminatorio (por ejemplo, el despido), según las previsiones razonables que en ese momento pudiera hacerse el autor del mismo⁶⁷.

b) En segundo lugar, procede determinar si la patología y las limitaciones que producen reúnen la gravedad suficiente como para que impidan la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

c) Finalmente, comprobar si el acto discriminatorio se produce sin que se hayan adoptado ajustes razonables. El acto discriminatorio puede ir desde el despido hasta la inacción u omisión empresarial en adaptar el puesto.

Se trata por tanto de un triple test⁶⁸.

En primer lugar, habría que comprobar si hay una situación de incapacidad para el trabajo, esto es, una situación permanente o a largo plazo o, en el caso de enfermedad, la concurrencia de la misma y las limitaciones temporales que, de ella se derivan, sin perjuicio

⁶⁶ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz: "La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad", Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, Nº 127, 2014, pág. 107.

⁶⁷ Conforme al apartado 46 de la STJUE de 11 de septiembre 2019, Caso Novel Plastiques, "la constatación de que el interesado tiene una «discapacidad», en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2000/78, precede a la determinación y a la apreciación de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el artículo 5 de esa Directiva. En efecto, conforme al considerando 16 de dicha Directiva, estas medidas tienen por objeto la adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad y, por lo tanto, son la consecuencia de la constatación de la existencia de una «discapacidad» (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartados 45 y 46, y de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463, apartado 57).

⁶⁸ Véase en ese sentido la STSJ de Madrid 45572023, de 10 de mayo de 2023 (RSU 118/2023), ECLI:ES:TSJM:2023:4970. En el caso, el actor inició un periodo de baja médica por contingencia común en fecha 4 de julio de 2022 con el diagnóstico de "trastornos de disco intervertebral dorsal, dorsolumbar y lumbosacro" y alta el 28 de julio de 2022", de manera que no se cumplen, según la sentencia, los puntos primero y segundo del anterior test, ya que ni aparece una previsión de baja a largo plazo ni una situación de tal gravedad que afecte a la integración laboral y social del trabajador, pero el despido se produce mediante una carta fechada el 22 de julio de 2022 y extinguendo el contrato el 27 de julio, hallándose ya en vigor la Ley 15/2022. La sentencia considera que se trató de una extinción en la fecha prevista inicialmente en el contrato, lo que excluye la nulidad de la misma.

de que la enfermedad tenga cura y no vaya a generar secuelas o limitaciones.

En segundo lugar, hay que valorar si la concreta patología a corto plazo (enfermedad) o, la limitación a largo plazo (discapacidad), impide la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Se trata de un test de gravedad o de impacto sobre la vida personal y profesional de la trabajadora.

Finalmente y en tercer lugar, para que pueda hablarse de una conducta discriminatoria, es preciso que el desempeño laboral en la empresa sea posible aplicando "ajustes razonables", esto es, las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad o enfermedad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad o enfermedad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos⁶⁹"

3. Tipos de ajustes razonables

Los ajustes razonables, ya se ha dicho, por su carácter particular, son tantos como personas los precisen, ya que las discapacidades son variadas, desde trabajadores con déficit motriz; déficit intelectual o cognitivo; déficit auditivo; déficit visual; del desarrollo/trastorno del espectro autista. De hecho, el vigésimo considerando de la Directiva realiza una enumeración no exhaustiva de tales medidas, que pueden ser de orden físico, organizativo o educativo.

En todo caso, interesa destacar dos tipos de ajustes que han sido objeto de especial consideración por la Jurisprudencia del TJUE, dado que, en ambos casos, puede cuestionarse la existencia de una carga excesiva para el empresario.

A. Reducción del tiempo de trabajo

En la STJUE del caso Ring (HK Danmark)⁷⁰, el tribunal promotor danés preguntaba si la reducción del tiempo de trabajo podía constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere el art. 5 de la Directiva, teniendo en cuenta que el vigésimo considerando de ésta menciona, entre las medidas, las relativas a «pautas de [tiempo de] trabajo».

El TJUE otorga una definición amplia del concepto de «ajuste razonable» y, considera que dentro de este concepto puede estar incluido el ajuste de los horarios, en particular, la posibilidad de que las personas discapacitadas que no tienen o han perdido la capacidad de trabajar a tiempo completo efectúen su trabajo a tiempo parcial⁷¹, por lo que no cabe excluir que una disminución del tiempo de trabajo pueda constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere el artículo 5 de la Directiva, en los casos en los que la reducción del tiempo de trabajo permita al trabajador continuar ejerciendo su empleo, conforme al objetivo

⁶⁹ Artículo 2.m de la Ley de Discapacidad.

⁷⁰ AGUSTÍ MARAGALL, Joan: Discriminación por razón de discapacidad: discapacidad y ajustes razonables en el derecho de la UE y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ponencia presentada en el Seminario organizado por la Academia de Derecho Europeo (ERA) en Barcelona los días 24 – 25 de octubre sobre Applying EU Anti-Discrimination Law. Disponible en: https://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/07_Disability/119DV68_Maragall_ES.pdf

⁷¹ Véanse los considerandos 51 y 52.

perseguido por dicho artículo⁷², todo ello sin perjuicio de que esa reducción del tiempo de trabajo suponga una carga excesiva para los empleadores, sin olvidar tampoco que dicha reducción puede suponer un perjuicio no querido por la persona trabajadora⁷³, conforme a lo dispuesto en el derecho nacional⁷⁴.

Los criterios a tener en cuenta a la hora de valorar la carga excesiva para la empresa, son en particular, los costes financieros y de otro tipo que esta medida implica, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda⁷⁵.

B. Cambio de puesto de trabajo

Como ha señalado el propio TJUE en la sentencia del Caso Nobel Plastiques⁷⁶, conforme al considerando 17 de la Directiva, esta no obliga a mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables. De este modo, el ajuste razonable puede ser un cambio de puesto, sin perjuicio, claro está, de que ello implique un coste financiero excesivo, al exigir, por ejemplo, la creación de uno nuevo.

El considerando 17 de la Directiva sí alude al concepto de “asignación de funciones”, como medida de ajuste razonable, de modo que salvo supuestos en los que el cambio de puesto genere una carga excesiva o desproporcionada, no cabe duda de que puede ser una medida de ajuste adecuada y necesaria; de hecho, en algunos de los casos enjuiciados por el TJUE, la empresa ya había procedido a un cambio del puesto de origen a otro menos gravoso⁷⁷.

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como ajuste razonable a efectos del artículo 5 de la Directiva 2000/78, ya que permite a ese trabajador conservar su empleo, garantizando su participación plena y efectiva en la vida profesional con arreglo al principio de igualdad con los demás trabajadores⁷⁸.

Por consiguiente, el concepto de «ajustes razonables» implica que un trabajador que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto

⁷² Véase el considerando 56.

⁷³ Véase a tal efecto, la ya citada STSJ de Galicia de 11 de julio de 2024 (R. 2487/2024), dónde la ITSS planteaba como solución a la situación de discapacidad de la actora, la reducción de su horario lectivo, si bien, valoraba también el hecho, no de la carga excesiva para la empresa, sino el perjuicio económico de la trabajadora.

⁷⁴ Véase el art. 12.4 e) del ET.

⁷⁵ Considerando 60.

⁷⁶ Considerando 74.

⁷⁷ En el caso Nobel Plastiques, la trabajadora que era, recordemos, especialmente sensible a los riesgos del trabajo, en el sentido del art. 25 de la LPRL, había sido objeto de adaptaciones, siendo destinada preferentemente a los puestos que requerían la manipulación de tubo pequeño, exponiéndola de este modo a riesgos menores para su salud que los existentes en los puestos que exigen el manipulado de tubo grueso. Cosa distinta fue que, finalmente, la trabajadora vio extinguido su contrato por causa de un despido colectivo que valoraba criterios como el absentismo y la productividad, teniendo en cuenta que estuvo de baja médica y la inferior productividad en su puesto de origen, en el que fue calificada de apta con limitaciones.

⁷⁸ Véase en ese sentido el apartado 44 de la STJUE de 18 de enero de 2024, Caso Ca Na Negreta SA, C-631/2022, por remisión a los apartados 41 y 43 de la STJUE de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20.

que ocupa sea reubicado en otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para su empresario⁷⁹.

Para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, del mismo modo que en el caso de la reducción del tiempo de trabajo, se deben tener en cuenta los mismos criterios antes mencionados. Debe precisarse que, solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si hay por lo menos un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar⁸⁰.

La necesidad de que haya por lo menos un puesto vacante nos da idea de cuál es el límite que impedirá la reubicación, ya que una empresa no estará obligada a ese cambio si no tiene puesto vacante adecuado⁸¹.

4.- Los ajustes razonables en casos de enfermedad

No se contiene en la Ley 15/2022, la obligación paralela de llevar a cabo ajustes razonables en el caso de la persona trabajadora que está enferma.

No obstante, el artículo 22.1 de la LPRL impone al empresario la obligación de vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo, excluyéndose la necesidad de que el trabajador afectado preste su consentimiento cuando, entre otros supuestos y previo informe de los representantes de los trabajadores, la realización del reconocimiento sea imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. Por otra parte, los servicios de prevención de riesgos laborales, que incluyen la vigilancia de la salud de los trabajadores, deben ser concertados con entidades especializadas cuando la empresa no disponga de medios suficientes, pudiendo actuar como tales entidades las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, según los artículos 31 y 32 de la citada Ley, desarrollada en esta concreta materia por el Real Decreto 39/1997 de 17 de enero, y específicamente por el artículo 20 del mismo a los efectos de que aquí se trata"⁸².

El art. 22.4 tercer párrafo dispone que:

«No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva».

⁷⁹ Véase, en este sentido, el apartado 46 de la STJUE de 18 de enero de 2024, Caso Ca Na Negreta SA, C-631/2022, por remisión a el apartado 49 de la STJUE de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20.

⁸⁰ Véase en ese sentido, el apartado 45 de la STJUE de 18 de enero de 2024, Caso Ca Na Negreta SA, C-631/2022, por remisión a los apartados 45 y 48 de la STJUE de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85.

⁸¹ Véase al respecto, sobre reubicación y vacante, la STSJ de Madrid, núm. 520/2021, de 2 de junio (RSU 25572021), ECLI:ES:TSJM:2021:6493); la STSJ de Galicia 2398/2024, de 20 de mayo (RSU 1310/2024), ECLI:ES:TSJGAL:2024:3512; y la STSJ de Galicia 2827/2022, de 10 de junio de 2022 (RSU 2229/2022), ES:TSJGAL:2022:4495.

⁸² STS de 22 de julio de 2005 (RCUD 1333/2004), ECLI:ES:TS:2005:5138.

El art. 25.1 de la LPRL equipara a los trabajadores discapacitados con aquellos que por sus circunstancias personales o estado biológico precisen protección a los efectos de adoptar “las medidas preventivas y de protección necesarias”. En su apartado 2, añade que:

«Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo».

Como se comprueba, el cambio de puesto está previsto como medida de protección o prevención laboral, en situaciones transitorias, como lo es la enfermedad, es decir, dentro de la obligación de seguridad y salud laboral, equiparando la LPRL a estos efectos a la persona trabajadora enferma con la discapacitada, lo que no deja de ser por ello una medida de ajuste en caso de enfermedad.

De este modo, podemos afirmar que, también en el caso de trabajadores enfermos, existen previsiones legales en el sentido de adoptar las “medidas preventivas y de protección necesarias”, que no son otra cosa que los ajustes razonables, en el sentido de medidas eficaces y prácticas para mantener a un trabajador prestando servicios en su puesto o, en otro distinto.

La lectura de los preceptos examinados permite deducir que, cuando los Servicios de Prevención constaten, en su función de vigilancia de la salud de los trabajadores, que éstos han perdido de forma sobrevenida su aptitud para el desempeño de su puesto de trabajo, están obligados a informar al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención de sus conclusiones sobre dicha pérdida de aptitud o, sobre la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva, todo ello con respeto a las cautelas previstas en los apartados segundo, tercero y cuarto del art. 22 de la LPRL, puesto que dicha información contiene datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores.

El empresario, por su parte, en cumplimiento de su deber de seguridad para con sus trabajadores, previsto en el art. 14.2 ET, deberá ordenar al trabajador afectado que deje de prestar servicios en el puesto de trabajo afectado para evitar, de este modo, cualquier riesgo en el desempeño de su puesto de trabajo, sin perjuicio, claro está, de que pueda acceder a la situación de incapacidad temporal.

En todo caso, el cumplimiento de esa obligación de seguridad por parte del empleador, no comporta que éste pueda extinguir mecánicamente el contrato de trabajo del trabajador por ineptitud sobrevenida del trabajador con base únicamente a las conclusiones del informe del servicio de prevención ajeno, cuya finalidad, como hemos resaltado, es meramente informativa, limitándose a trasladar unas conclusiones, que no pueden fundarse en las lesiones del trabajador, toda vez que, la información, relacionada con el estado de salud del trabajador, está protegida por su derecho a la intimidad y su derecho a la protección de datos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.3 y 4 LPRL⁸³.

Es decir, la ineptitud sobrevenida como causa objetiva de extinción del contrato

⁸³ Véase al respecto la STS 177/2022, de 23 de febrero (R, 3259/2020), ECLI:ES:TS:2022:1015

prevista en el art. 52 a) no puede equipararse sin más a la mera declaración de no apto por parte de los Servicios de Prevención, la que podrá valorarse junto con otros medios de prueba⁸⁴. Las conclusiones de los Servicios de Prevención no determinan automáticamente la extinción del contrato⁸⁵.

Cierto es que el artículo 22 de la LPRL establece ciertas restricciones para la empresa en el acceso a la información médica de carácter personal relativa a un trabajador, pero ello no significa que la mera calificación como no apto para el puesto de trabajo sea suficiente para extinguir el contrato, pues de ser así se privaría al trabajador de la posibilidad de defenderse y de poder acreditar que, no obstante tal calificación, si conserva aptitud para desempeñar el puesto de trabajo, como igualmente puede la empresa en el acto del juicio proponer y practicar prueba para acreditar lo contrario⁸⁶.

En todo caso, habida cuenta que la enfermedad es ahora una posible causa de discriminación, toda medida a enjuiciar deberá pasar el canon de constitucionalidad, esto es, que, esté justificada y pase el test o juicio de proporcionalidad.

El test o juicio de proporcionalidad implica que la medida debe cumplir los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto –test o juicio de idoneidad–; si, además, es necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia –juicio de indispensabilidad o estricta necesidad de acuerdo con la jurisprudencia española; test de necesidad o de ausencia de medios alternativos de acuerdo con la jurisprudencia europea–; y, finalmente, el test de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, si la misma es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto –test o juicio de proporcionalidad⁸⁷.

En definitiva, siquiera sea por la vía de la prevención, los ajustes razonables en caso de un trabajador enfermo no se diferencian de los exigibles para el caso de un trabajador con discapacidad, en el sentido de que deben ser los adecuados y particulares al caso concreto; necesarios, habida cuenta que no pueden ser objeto de un trato diferente por razón de su

⁸⁴ Ejemplo de esa valoración conjunta, véase la STSJ de La Rioja 66/2018, de 8 de marzo (R. 36/2018) ECLI:ES:TSJLR:2018:12, señaló: «Respecto a que la ineptitud, para justificar la extinción, debería ser de carácter permanente, mientras que el certificado médico de aptitud laboral emitido sólo tiene validez anual, tampoco es admisible. No sólo porque es habitual que en los reconocimientos médicos periódicos de empresa se exprese su validez anual, salvo que considere aconsejable la revisión en plazo inferior, sino porque, como se recoge en el hecho probado Sexto de la sentencia, instado por el actor expediente de incapacidad permanente por las secuelas del accidente laboral sufrido el 16/06/2015, por Resolución de 15/06/2017 fue declarado afecto de "lesiones permanentes no invalidantes", de manera que el INSS vino a declarar la "permanencia" de sus lesiones, aunque las consideró "no invalidantes" en relación con su profesión habitual».

⁸⁵ Véase el caso de la STSJ de Castilla-León (Burgos) de 22 de diciembre de 2017 (RSU 1999/2017), ECLI:ES:TSJCL:2017:4567, donde el Servicio de Prevención consideró al trabajador conductor de autocar no apto para trabajo nocturno, y en la misma fecha apto. El actor además padecía SAOS. El despido fue declarado improcedente básicamente por la falta de rigor del Servicio de Prevención y porque no se acreditó la incapacidad para trabajo de riesgo con el de la conducción, que era lo realmente trascendente (el actor se le ofreció un trabajo de conducción diurno, incluso de transporte escolar), pues el SAOS bien tratado, sea de noche o durante el día (si el trabajador trabaja por la noche) permite realizar el trabajo (así lo indicaba además la sanidad pública).

⁸⁶ Véase al efecto, la STSJ de Cataluña 7625/2017, de 14 de diciembre (R. 5944/2017), ECLI:ES:TSJCAT:2017:11065.

⁸⁷ MONEREO PÉREZ, José Luis y ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel: PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, *Temas Laborales Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 145/2018, pág. 353.

enfermedad, a salvo de las excepciones mencionadas en la Ley 15/2022 y, por último, proporcionados, en el sentido de que las medidas no deben suponer una carga desproporcionada o excesiva a la empresa.

Es evidente, sin embargo, que un trabajador enfermo puede devenir un trabajador discapacitado pero, mientras es solo un trabajador enfermo puede precisar determinadas medidas preventiva o de protección, excepto si causa baja médica, en cuyo caso, habrá que esperar a su reincorporación⁸⁸.

5. Los ajustes razonables en la incapacidad permanente total

Ciñéndonos al ordenamiento jurídico interno, a raíz de la ya citada STJUE de 18 de enero de 2024⁸⁹, se propone un régimen jurídico que diferirá en cierto modo de lo hasta la fecha previsto, si se hace realidad la reforma legislativa propuesta para el art. 49.1 e) del ET.

Me refiero al “Anteproyecto por el que se modifica 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 despido tras declaración de incapacidad permanente”.

El mismo cuenta con un artículo y dos disposiciones finales. El artículo único introduce dos innovaciones: En primer lugar, modifica el artículo 49.1.e) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, eliminando la referencia a la extinción automática por «gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2» y dejando solamente la extinción por «muerte de la persona trabajadora».

En segundo lugar, incorpora una nueva letra n) al artículo 49.1 que condiciona la posibilidad de extinguir el contrato por «declaración de gran invalidez o incapacidad permanente absoluta o total, de la persona trabajadora» a que:

«la persona trabajadora solicite 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-, a que se produzca «el cambio a otro puesto de trabajo vacante compatible con su nueva situación».

Adicionalmente, esta nueva letra “n” explicita el modo en que se puede determinar, a efectos de la salvedad prevista, si la realización de los ajustes razonables constituye una carga excesiva para la empresa.

En la nueva letra n) se disponen también los plazos para, respectivamente, la manifestación de voluntad de la persona trabajadora, y para los actos de la empresa de adaptación de puesto, cambio de puesto o extinción contractual cuando se acrediten determinadas circunstancias.

La modificación incorpora, pues, dos tipos de ajustes necesarios; uno, las adaptaciones en el propio puesto de trabajo; dos, el cambio de puesto, pero, en ambos casos, lo condiciona a que la persona trabajadora lo solicite.

En este sentido, se ha llamado la atención sobre las dos lógicas diferenciadas que subyacen, por un lado, la de la Ley de Discapacidad y, por otro, la del propio Anteproyecto,

⁸⁸ Véase la STSJ de Cataluña 523/2015, de 27 de enero (R. 4080/14), ECLI:ES:TSJCAT:2015:339

⁸⁹ El caso Ca Na Negreta SA ha dado lugar a la STSJ de las Islas Baleares, núm. 147/2024, de 19 de marzo (RSU 75/2022), ECLI:ES:TSJBAL:2024:207, que declara la improcedencia del despido, no la nulidad, por no haberla pedido la parte demandante.

ya que, si bien en ambos casos la adaptación o cambio de puesto se configuran como un derecho de la persona trabajadora, en la primera se perfila como una obligación automática de la empresa, mientras que en el Anteproyecto se condiciona a la solicitud de la persona trabajadora y además se sujeta a un plazo. Ello, en la práctica, podrá dar lugar a situaciones de incertidumbre e inseguridad para las personas trabajadoras y las empresas a la hora de ejercitar este derecho⁹⁰.

Por otro lado, la solución propuesta aboga por mantener la incapacidad permanente total como causa extintiva en el art. 49 del ET, cuando podría haberse limitado a excluirla del mismo, y reconducirla a un supuesto de ineptitud sobrevenida, habida cuenta los conflictos que genera el concepto de profesión habitual en orden a la extensión de los ajustes razonables.

A. Adaptación del puesto.

La reforma propuesta, como hemos dicho, aborda dos tipos de ajustes razonables en caso de incapacidad permanente.

El primero, es la adaptación del puesto, lo que determinará la adopción de todas aquellas medidas particulares, adecuadas y necesarias al caso concreto, a salvo de que las mismas sean excesivas para la empresa.

La adaptación del puesto plantea la cuestión de si es compatible la prestación de la incapacidad permanente total declarada por la gestora con la prestación de servicios en el mismo puesto, con esas adaptaciones precisas, ya que la incapacidad permanente total viene referida, no a un puesto, sino a la profesión habitual y, la adaptación del puesto puede implicar la desnaturalización o exclusión de las funciones que conforman esa profesión habitual, pasando a realizar, dentro del mismo grupo, otra profesión distinta⁹¹, lo que puede permitir la compatibilidad entre prestación y trabajo, lo mismo que si la adaptación implica, por ejemplo, una reducción del tiempo de trabajo⁹².

El Anteproyecto de Ley parece recoger esta preocupación cuando, en su disposición adicional única, establece el mandato al Gobierno de presentar, en el plazo de seis meses y en el marco del diálogo social, una propuesta de modificación de la normativa en materia de Seguridad Social sobre incapacidad permanente y su compatibilidad con el trabajo, siguiendo la recomendación 18 del Pacto de Toledo⁹³.

⁹⁰ Véase el contenido del Dictamen 6/ 2024, del CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES), pág. 7. Disponible en: <https://www.ces.es/documents/10180/5295981/Dic062024.pdf>

⁹¹ STS 28 de febrero de 2005 (RCUD 1591/04), ECLI:ES:TS:2005:1207.

⁹² Véase en ese sentido la STS 557/2024, de 17 de abril de 2024 (RCUD 2225/2021), ECLI:ES:TS:2024:2342 2225/2021, en la cual no consta la extinción del contrato de trabajo del actor sino únicamente el reingreso provisional mientras se resuelve si tiene derecho a la pensión. El convenio colectivo prevé que el empresario y el trabajador suscribirán un nuevo contrato de trabajo para una categoría nueva que sea compatible con sus dolencias. El litigio no se dirige contra el empleador sino contra la Entidad Gestora. Se debate la compatibilidad de la pensión con el abono del salario durante ese período provisional. La Sala IV desestima el recurso por entender que, conforme a la doctrina unificada, la percepción de la prestación de IPT es incompatible con el desempeño de la misma profesión.

⁹³ Cuestión que cobra mayor relieve, tras reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, me refiero a la STS núm. 544/2024, de 11 de abril (RCUD 197/2023), ECLI:ES:TS:2024:1996, en un supuesto de gran invalidez, que ha introducido un cambio en la línea doctrinal anterior en el sentido de declarar incompatible el trabajo con la gran invalidez de un vendedor de la ONCE, regresando a criterios de jurisprudencia antigua.

En otro orden de cosas, también se ha puesto de manifiesto que, resulta necesario explicitar en el Anteproyecto de Ley que la definición del alcance y características de la adaptación necesaria debe llevarse a efecto mediante la intervención de los servicios de prevención, de acuerdo con la legislación en materia preventiva, concretamente el artículo 25 de la Ley de Prevención de riesgos laborales⁹⁴.

B. Cambio de puesto

En segundo lugar, la reforma propuesta menciona como ajuste razonable el cambio de puesto. Se trata de una medida de ajuste que, como hemos visto, ha sido considerada por el TJUE como una de las posibles que contempla el art. 5 de la Directiva, de modo que no hay nada que objetar a que, precisamente, en un caso de incapacidad permanente total para la profesión habitual, la consecuencia sea el cambio de puesto.

Sin embargo, hay que tener en cuenta como ya se ha dicho antes que, una cosa es el puesto y, otra, la profesión habitual y que la incapacidad permanente total se declara en relación a la segunda, no al primero; por ello, puede ser compatible también la prestación de seguridad social con el nuevo puesto si este implica el ejercicio de una profesión distinta.

La doctrina judicial ya ha señalado, en algún caso, que el cambio de puesto de trabajo no supone la imposibilidad de percibir al tiempo, una invalidez permanente total, ya que la profesión habitual, a efectos de calificación de la invalidez, es la desarrollada a lo largo de la vida activa, de modo que puede ocurrir que el contrato se haya novado, trasladando a la persona trabajadora a otro puesto, sin que ello impida el derecho a la prestación⁹⁵. De hecho, en el caso Ca Na Negreta SA, precisamente, el trabajador ya estaba ocupando otro puesto mejor adaptado a sus limitaciones cuando fue declarado en situación de incapacidad permanente total, lo que hace cuestionar la extinción misma⁹⁶.

Por otra parte, se echa en falta alguna mención a posibles necesidades de formación de la persona trabajadora que le permita desempeñar el nuevo puesto en las nuevas circunstancias adecuadamente. También se omite en el Anteproyecto que dicho cambio de puesto pueda, en determinadas circunstancias, suponer también necesidades de adaptación que impliquen una carga excesiva.

⁹⁴ El Dictamen 6/2024, del CES, pág. 9, también alude que, en el plano de determinación de si la carga es excesiva, el Anteproyecto de Ley, si bien asume determinados criterios procedentes del TJUE, incorpora otros ajenos a la misma cuya funcionalidad no se alcanza a ver, como puede ser la referencia al salario medio en la valoración de los costes de la adaptación del puesto. Se trata, en efecto, de un criterio del que no se entienden las razones de su utilización, ante su ausencia en la Directiva y en la sentencia del TJUE. Más en general, se llama la atención sobre la imprecisión de cómo operaría el mismo en relación con la composición del tejido productivo en España. Por todo ello, el CES expresa su discrepancia con la inclusión de este criterio en el Anteproyecto. Por el contrario, el Anteproyecto de Ley no incorpora otros criterios que sí emplea la Directiva, y que recuerda el TJUE, como son los costes financieros de las medidas de adaptación y los recursos financieros de que disponga la empresa, sin que se alcance a ver tampoco el motivo de esta exclusión.

⁹⁵ Véase al respecto la STSJ de Andalucía núm. 903/2024, de 20 de marzo (RSU 26/2024), ECLI:ES:TSJAND:2024:1942

⁹⁶ Véase en ese sentido, la STS 770/2020, de 16 de septiembre (RCUD 1000/2017), ECLI:ES:TS:2020:3077, que analizaba la cuestión debatida, si bien en este caso el análisis se centraba no en el deber de realizar ajustes razonables o el hipotético carácter discriminatorio de la extinción dispuesta en el art. 49.1 e) ET, sino en si las tareas que el trabajador ejecuta en la empresa con posterioridad a la declaración de incapacidad permanente correspondían a un profesionograma distinto al que fundó tal declaración a los efectos de justificar la decisión extintiva.

Por último, el CE considera que sería aconsejable efectuar las oportunas llamadas a la colaboración de la negociación colectiva en aquellos aspectos en los que se estime que el tratamiento convencional puede contribuir a una mejor consecución de las finalidades de la norma en relación con la participación en el empleo de las personas con discapacidad⁹⁷.

IV. CONCLUSIONES

De la definición que del concepto de ajustes razonables encontramos en las normas internacionales, europeas y nacionales se infiere la existencia de cuatro requisitos concurrentes: que sean adecuadas, necesarias, particulares y proporcionales, esto último, en el sentido de que no implique una carga excesiva o desproporcionada para el empresario. Entre los ajustes razonables merecen especial mención la reducción del tiempo de trabajo y el cambio de puesto, dado que ambos casos pueden plantear la existencia de una carga excesiva para el empresario.

La obligación de llevar a cabo los ajustes razonables en caso de que la persona trabajadora esté afecta de una discapacidad, en el sentido definido por la Jurisprudencia del TJUE, se extiende, no solo a personas enfermas en el caso de que su enfermedad genere limitaciones permanentes o duraderas a largo plazo, sino también a la persona trabajadora simplemente enferma, ya que la Ley 15/2022 ha incluido en su ámbito de aplicación a la enfermedad como causa de discriminación, de manera que la enfermedad está protegida del mismo modo que lo está la discapacidad, primero, a través de las previsiones legales de la LPRL, en el sentido de adoptar las “medidas preventivas y de protección necesarias”, con plena equiparación en este ámbito a la discapacidad y, en segundo lugar, habida cuenta que la enfermedad es ahora una posible causa de discriminación, toda medida a enjuiciar deberá pasar el canon de constitucionalidad, esto es, que, esté justificada y pase el test o juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), habida cuenta que no pueden ser objeto de un trato diferente por razón de su enfermedad, a salvo de las excepciones mencionadas en la propia Ley 15/2022.

Especial análisis realiza el presente trabajo, en relación a la persona trabajadora que ha sido reconocida por el INSS como afecta de una incapacidad permanente total para su profesión habitual, ya que del tenor literal del art. 49 e) del ET, se infiere una extinción automática del contrato de trabajo, exonerando al empresario de su obligación de realizar los ajustes razonables, pese a estar ante una persona discapacitada.

La reciente STJUE del caso Ca Na Negreta SA ha puesto en evidencia lo anómalo de esta solución legislativa y ha puesto en marcha, en el seno del Gobierno, una reforma legislativa que, lejos de eliminar la incapacidad permanente total del art. 49 ET como causa de extinción del contrato de trabajo, establece una obligación de ajustes razonables que no es automática, sino a petición de la persona trabajadora, lo que ha sido cuestionado por la falta de seguridad jurídica que podrá provocar.

Las medidas de ajuste propuestas son la adaptación del puesto, lo que puede implicar una reducción del tiempo de trabajo o, un cambio de puesto. En ambos casos, podrá plantearse la compatibilidad entre la prestación de Seguridad Social y la prestación de servicios en el mismo o distinto puesto, lo que parece obligará a una reforma también de la LGSS en este punto, teniendo en cuenta que la incapacidad permanente total viene referida

⁹⁷ Véase el Dictamen 6/2024, del CES, pág. 9 y 10.

a la profesión habitual, lo que no es identificable con el grupo profesional ni tampoco con el puesto de trabajo.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUSTÍ MARAGALL, Joan, «Discriminación por razón de discapacidad: discapacidad y ajustes razonables en el derecho de la UE y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», Ponencia presentada en el Seminario organizado por la Academia de Derecho Europeo (ERA) en Barcelona los días 24 – 25 de octubre sobre Applying EU Anti-Discrimination Law. Disponible en: https://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/07_Disability/119DV68_Maragall_ES.pdf

ALONSO OLEA. Manuel, Derecho del Trabajo, 8^a Edición, Universidad de Madrid, Sección de publicaciones, Madrid 1983.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES), Dictamen 6/2024: «Sobre Anteproyecto de Ley por la que se modifica 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».

CORDERO GORDILLO, Vanessa, *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo, *Contrato de trabajo y discapacidad*, Tesis doctoral, Universitat Rovira i Virgili, 1997.

GOÑI SEIN, José Luis, «La ineptitud del trabajador como causa de despido», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 11, 1982, págs.. 413 a 456.

GUTIÉRREZ COLOMINAS, David: «Extinción del contrato de trabajo e incapacidad permanente total: Anotaciones a la STJUE de 18/01/2024, Ca Na Negreta, C-631/22», Briefs, AEDTSS NÚM. 8, 2024, disponible en https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2024/01/8_Gutierrez-Colominas_STJUE.pdf

MONEREO PÉREZ, José Luis y ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel, «Prohibición de Discriminación», *Temas Laborales Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 145/2018, págs. 327 a 350.

RIVAS VALLDEJO, 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*, núm. 10/2020. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000001120

RIVAS VALLDEJO, Pilar, «La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1/2024, Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2024-00000002594

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, «La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, N° 127, 2014, págs. 85-120.